Grundzüge des St. Gallischen Zivilprozeßrechtes

unter Berücksichtigung der Rechtssprechung.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern.

Vorgelegt von

Joachim Teitler

von Untereggen (Kt. St. Gallen)

1932

Kommissionsverlag der Fehr'schen Buchhandlung St. Gallen.

Grundzüge des St. Gallischen Zivilprozeßrechtes

unter Berücksichtigung der Rechtssprechung

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern.

Vorgelegt von

Joachim Teitler

von Untereggen (Kt. St. Gallen).

1932

Kommissionsverlag der Fehr'schen Buchhandlung St. Gallen.

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Ph. Thormann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gewidmet dem teuren Andenken
meiner unvergeßlichen Mutter sel.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544718_0084

INHALTSVERZEICHNIS.

Seite

I. ABSCHNITT: Die Prozeßsubjekte 5

§ 1. ORGANE: 5
A. Wahlen 6
B. Amtsdauer 7

§ 2. BETEILIGUNG DER EINZELNEN GERICHTSPERSONEN AN DER AUSÜBUNG DER GERICHTSBARKEIT 7
A. Ausstand 8
B. Ablehnung 12

§ 3. SACHLICHE ZUSTÄNDIGKEIT 13
A. Gerichte erster Instanz 14
1. Der Vermittler 15
2. Der Bezirksgerichtspräsident 16
3. Die Gerichtskommission 17
4. Die Bezirksgerichte 19
B. Gerichte höherer Instanz 21
1. Das Kantonsgericht 22
2. Die Rekurskommission des Kantonsgerichtes 23
3. Das Kassationsgericht 26

§ 4. ERMITTLUNG DES STREITWERTES 26

§ 5. DER GERICHTSSTAND 32
A. Allgemeine Gerichtsstände 33
1. Der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten . . . 33
2. Der Gerichtsstand der Widerklage 35
3. Der Gerichtsstand des Sachzusammenhanges 37
B. Spezielle Gerichtsstände 39
1. Der Gerichtsstand der gelegenen Sache 39
2. Der Gerichtsstand der Erbschaft 43
3. Der Gerichtsstand der Begangenschaft 46
4. Der Gerichtsstand des Arrestes 46
5. Der Gerichtsstand der Erfüllung des Vertrages . . . 47
C. Der Gerichtsstand der Parteivereinbarung 48

Seite

§ 6. RECHTE UND PFLICHTEN DER GERICHTE IN IHREM VERHÄLTNIS ZUEINANDER UND ZU ANDERN BEHÖRDEN . . 51

A. Das Verhältnis zueinander 51
B. Interkantonale Rechtshilfe 53
C. Internationale Rechtshilfe 53

§ 7. ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN 54

A. Vorladungen 54
B. Fristen 56
C. Tagfahrten 57
D. Gerichtsferien 58

§ 8. UNENTGELTLICHE RECHTSPFLEGE 61

A. Voraussetzungen für die Erlangung des Armenrechtes . . 61
1. Der Nachweis der Armut 61
2. Der Nachweis einer haltbaren Sache 63
B. Inhalt und Umfang des bewilligten Armenrechtes 64

§ 9. PARTEI- UND VERTRETUNGSVERHÄLTNISSE 65

A. Parteien 65
1. Die Parteifähigkeit 65
2. Die Prozeßfähigkeit 65
B. Vertreter 67
C. Die Streitgenossenschaft 71
D. Die Intervention 72
1. Die Hauptintervention 73
2. Die Nebenintervention 75
3. Die Streitverkündung 76

II. ABSCHNITT: Prozeßordnung 80

§ 10. ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE DES VERFAHRENS 80

1. Beschränkte Verhandlungsmaxime 80
2. Offizialmaxime 81
3. Beweiswürdigung 82
4. Öffentlichkeit 83

Seite

§ 11. DAS ORDENTLICHE VERFAHREN 84
A. Allgemeine Bestimmungen 84
1. Vermittlungsvorstand 84
2. Einschreibung des Rechtsstreites 91
3. Beweise und Beweismittel 91
a) Die beweisdürftigen Tatsachen 91
b) Die Beweislast 92
c) Die Beweismittel 93
I. Der Beweis durch Urkunden 93
II. Der Beweis durch Zeugen 98
A. Die Zeugnisfähigkeit 98
B. Die Zeugnispflicht 101
C. Die Zeugenvernehmung 102
III. Der Beweis durch Augenschein 102
IV. Der Beweis durch Expertisen 103
V. Der Beweis durch Parteieid 106
B. Besondere Bestimmungen 109
1. Verfahren vor Bezirks- und Kantonsgericht 109
a) Vorverfahren 109
b) Vorfragen 116
c) Verfahren vor Gericht 118
d) Schlußverhandlung und Erledigung des Rechtsstreites 121
2. Verfahren vor Gerichtskommission 123
3. Verfahren vor Vermittler als Einzelrichter 124

§ 12. DAS SUMMARISCHE VERFAHREN 126
1. Schutz des Besitzstandes und einstweilige Verfügung . 127
2. Sicherstellung gefährdeter Beweise 129

§ 13. DIE RECHTSMITTEL 130
A. Die Appellation 130
B. Die Nichtigkeitsbeschwerde 138
C. Das neue Recht 144
D. Die Reinigung 146
E. Die Erläuterung 147

§ 14. DAS VOLLZUGSVERFAHREN 148

LITERATUR.

WACH: Deutsches Zivilprozessrecht.

STEIN: Grundriss des Zivilprozessrechts.

PLANCK: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts.

SEUFFERT: Zivilprozessordnung f. das deutsche Reich (Kom.).

STEIN: Zivilprozessordnung f. das deutsche Reich (Kom.).

ULLMANN: Grundriss des Zivilprozessrechts.

SCHRUTKA: Grundriss des Zivilprozessrechts.

SAUER: Grundlagen der Zivilprozessordnung.

HELLWIG: Deutsches Zivilprozessrecht.

CANSTEIN: Die rationellen Grundlagen des Zivilprozesses.

V. BETHMANN-HOLLWEG: Der Zivilprozess d. gemeinen Rechts.

WACH: Grundfragen und Reform des Zivilprozesses.

HAEUSLER: Der Zivilprozess der Schweiz.

SCHURTER & FRITSCHE: Zivilprozessrecht der Schweiz.

SCHERRER-FUELLEMANN: Der st. gallische Zivilprozess (Kom.).

STREULI: Der Zürcherische Zivilprozess (Kom.).

LEUCH: Der bernische Zivilprozess (Kom.).

BOECKLI: Der thurgauische Zivilprozess (Kom.).

KELLER: Die neue Zivilprozessordnung für den Kanto Aargau (Kom.).

THORMANN: Urteil und prozessleitende Verfügung mit spe zieller Berücksichtigung des bernischen Zivi prozessrechts.

MONDET: Verhandlungs- und Offizialmaxime im schwei Zivilprozessrecht.

MATTI: Über die Streitgenossenschaft.

GAFNER: Die Parteibefragung im schweiz. Zivilprozes recht.

ZUMBUEHL: Die Appellation im Rechtsmittelsystem der bern schen Zivilprozessodnung.

ENGELER: Der Einzelrichter i. d. schweiz. Zivilprozess rechten.

TEITLER: Das Fachgericht für die Stickerei-Industrie i St. Gallen.

TUASON: Das Beweisrecht im st. gallischen Zivilprozes

KALBERER: Das schriftliche Vorverfahren vor Bezirksgerich in der st. gallischen Zivilrechtspflege.

RIGOLETH: Die ordentlichen Rechtsmittel der Appellatio und Nichtigkeitsbeschwerde im st. gallischen Zivi prozess.

BURCKHARDT: Kom. BV.

QUELLEN.

Gesetz betr. die Zivilrechtspflege. Entwurf d. Reg. Rates, Jan. 1893.

Gesetz betr. die Zivilrechtspflege. Entw. d. Justiz-Dep., Nov. 1893.

Auszug aus dem Protokoll des Reg. Rates vom 25. Nov. 1893.

Protokoll über die Verhandlungen der Expertenkommission und des Reg. Rates vom 19. April bezw. 23. Mai 1894.

Botschaft des Reg. Rates an den Grossen Rat betr. das Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 29. Juni 1894.

Zwischenbericht und Antrag der grossrätlichen Kommission betr' d. Gesetzentwurf über die Zivilrechtspflege vom 29. Juni 1894.

Protokoll über die Verhandlungen der grossrätl. Kommission vom 17. Okt. 1895.

Protokoll über die Verhandlungen des Reg. Rates vom 17. Mai und 12. Nov. 1895.

Abänderungsanträge zum Gesetzesentwurf vom Mai 1896.

Protokoll über die Verhandlungen d. grossrätl. Komm. vom 28. Nov. 1896.

Gesetz betr. die Zivilrechtspflege, Entw. d. grossrätl. Kommission vom 30. Nov., 10. Okt., 19. Okt. 1896.

Auszug aus dem Protokoll des Reg. Rates vom 27. Nov. 1896.

Auszug aus dem Protokoll des Reg. Rates vom 15. Febr. 1897.

Botschaft des Reg. Rates an den Grossen Rat vom 5. Nov. 1898.

Auszug aus dem Protokoll des Reg. Rates vom 29. Nov. 1898, 19. Mai 1899.

Vorschläge und Bemerkungen zum Gesetzentwurf über die Zivilrechtspflege vom 8. August 1899 (Justiz-Dep.).

Kommissionsbericht z. Gesetzesvorschlag vom 4. Nov. 1899.

Auszug aus dem Prot. d. Reg. Rates vom 24. Nov. 1899, 28. Mai 1900.

Amtsberichte des Kantonsgerichtes.

Inhaltsverzeichnis zu den Entscheidungen des Kantonsgerichtes.

ABKÜRZUNGEN.

BV.	= Bundesverfassung vom 24. Mai 1874.
KV.	= Kantonsverfassung vom 16. November 1890.
B. R.	= Botschaft des Regierungsrates vom 29. Juni 1894.
GER	= Gesetzesentwurf d. Regierungsrates vom 29. Juni 1894.
ZP	= Gesetz betr. die Zivilrechtspflege für den Kanton St. Gallen vom 9. Juli 1900.
g. R.	= geltendes Recht.
KG	= Kantonsgericht.
KassG	= Kassationsgericht.
RK	= Rekurskommission des Kantonsgerichtes.
BGE	= Entscheidungen des Bundesgerichtes.
ZGB.	= Schweizer. Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
OR.	= Schweizer. Obligationenrecht vom 30. März 1911.
SchKG.	= Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.
BG.	= Bundesgesetz.
E. G.	= Einführungsgesetz.
DZPO	= Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich.
Sch. J. Z.	= Schweizerische Juristenzeitung.

Die Zahlen in Klammern bedeuten Jahrgang und Nummer der amtlichen Sammlung der kantonsgerichtlichen Entscheide.

I. Abschnitt.

Die Prozeßsubjekte.

Unter dem sprachtechnisch nicht gerade glücklichen Terminus „Umfang des Gesetzes" bestimmt dieses auf Grund des Hoheitsrechtes des Staates zur Ausübung der Rechtspflege, auf welche Rechtsstreitigkeiten dieses Gesetz zur Anwendung gelangt. Es erstreckt seinen Geltungsbereich auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, insoweit nicht besondere Vorschriften Ausnahmen begründen, wie z. B. im Vormundsschafts-, Ehe-, Zivil-, Betreibungs- und Konkurswesen, für Expropriationen, Schadenersatzklagen gegen Beamte etc., ebenso die Administrativstreitigkeiten, soweit sie Ansprachen an das Bürger- oder Genossenrecht einer gesetzlichen Korporation umfassen etc. (§ 3).

Die Abgrenzung der Gerichtsbarkeit der zivilen Rechtsstreitigkeiten gegenüber der Verwaltungsgerichtsbarkeit beruht auf dem Grundsatze, daß die materiellrechtliche Natur der Streitsache entscheidet und die privatrechtliche Streitigkeit der Justiz, die öffentlich-rechtliche der Verwaltung zuzuweisen ist. Die Gesetzgebung hat dabei nur die praktische Frage einer bestimmten prozessualen Behandlung zu entscheiden, ist aber in einigen Fällen von diesem Grundsatze abgewichen aus Gründen der Zweckmäßigkeit oder aus anderen Rücksichten. Infolgedessen kann aus der prozessualen Zuweisung ein Rückschluß auf die materiell-rechtliche Natur der Streitsache nicht gezogen werden: Durch die Behandlung nach prozeßualen Vorschriften über „bürgerliche" Rechtsstreitigkeiten erhält sie nicht privatrechtlichen Charakter.

§ 1.

Organe.

Die Mannigfaltigkeit des Wirtschaftslebens und rückschliessend auch des Rechtslebens erfordert eine Anpassung der Rechtssprechung an dasselbe und damit auch eine Vielheit der die Rechtspflege ausübenden staatlichen Organe. Ihr Wirkungs- und Tätigkeitsfeld ist bestimmt durch die sachliche und räum-

liche Kompetenzverteilung; ihre Stellung zueinander ist n immer eine subordinierte, sondern oft auch eine koordinie Es sind dies:

1) Die Vermittler.
2) Die Bezirksgerichtspräsidenten.
3) Die Gerichtskommissionen.
4) Die Bezirksgerichte.
5) Der Kantonsgerichtspräsident.
6) Die Rekurskommission des Kantonsgerichtes.
7) Das Kantonsgericht und dessen Zivilkammern.
8) Das Kassationsgericht.
9) Die Administrativbehörden.

A. Wahlen.

Die Wahlart und Amtsdauer der richterlichen E hörden, sowie die Wahlfähigkeit in dieselben beruht auf ve fassungsrechtlichen Grundlagen. (Art. 3 Abs. 1).

Dem demokratischen Grundzuge der st. gallischen Staa verfassung entsprechend wählt das Volk in lokalen Verbänd seine Richter zum Teil selbst, so jene der untern Instanz (B zirksgerichte) und insbesonders die Vermittler, während d Gerichte mit Gerichtsbarkeit über den ganzen Kanton, al Kantons- und Kassationsgericht, durch den Großen Rat beste werden. Der Kanton St. Gallen huldigt also einem gemischt System. Bei der Vornahme der Bezirksrichter- und namen lich der Vermittlerwahlen durch das Volk des betreffend Bezirkes war die Erwägung maßgebend, daß dieses oft a besten, jedenfalls besser als der aus Vertretern des ganze Kantons zusammengesetzte Große Rat, die Männer seines Ve trauens kennen und die geeignetsten Richter wählen würde.

[1]) Heusler, S. 6., sieht in der Volkswahl der Richter „eine Gefahr f eine solide Rechtssprechung" und begründet diese Ansicht mit d Argument, daß gerade in solchen kleinen Kreisen „persönliche u Familienrücksichten und dergl. gar zu leicht eine allmächtige Ro spielen und den Richter von der persönlichen Gunst seiner Wäh stark abhängig" macht, m. a. W., daß weniger die Qualitfikation als die Zugehörigkeit zu einer Partei für die Richterwahlen bedeute sind. Die Praxis gestaltet sich aber im Kanton St. Gallen wesentli anders. Die richterliche Stellung zwingt den Richter hier das öffe liche Parteileben mit Rücksicht auf seine Richtertätigkeit aufzugeb oder zu beschränken, um dadurch die Anerkennung seiner richterlich Fähigkeiten auch beim politischen Gegner zu erlangen.

Bei der Volkswahl hat sich der Gesetzgeber aber auch noch von einer andern Erwägung leiten lassen. Der territorial-begrenzte Umfang der Amtskreise der Vermittler und Bezirksrichter hat naturgemäss auch einen territorial-begrenzten Wahlkreis zur Folge. Vor allem auf dem Lande wird einem Richter, den man auch vom Privatleben her kennt, mehr Vertrauen entgegengebracht als einem Unbekannten. Das zeigt die Statistik der kantongerichtlichen Amtsberichte (als der der Aufsichtsbehörde) sehr deutlich, indem der Vermittler auf dem Lande einen großen Teil der Prozesse zu verhindern vermag.

B. Amtsdauer.

Der Kanton St. Gallen kennt, ebenso wenig wie alle andern schweizerischen Kantone, eine lebenslängliche Amtsdauer der Behörden. Sie ist im Kanton St. Gallen auf 6 Jahre für die Mitglieder des KG und auf 4 Jahre für alle andern richterlichen Behörden festgesetzt (Art. 93 KV).

Heusler (S. 7) sieht auch darin, daß die Richter nicht auf Lebenszeit, sondern nur auf eine relativ kurze Amtsdauer zu ihren Funstionen berufen werden, eine Unzulänglichkeit. Nach seiner Ansicht werden jene Richter, die an ihrem Amte hangen, „leicht einer gewissen Konvenienz gegen die Parteien anheimfallen, zwar nicht in einer absichtlich parteiischen Urteilsfällung, aber doch in Nachgiebigkeit gegen nachlässige Prozeßführung, Fristversäumnisse der Parteien etc., um nicht in den Ruf eines strengen Formalisten zu kommen und bei der nächten Wahl gesprengt zu werden." Doch kann gesagt werden, daß die st. gallische Praxis nicht solche Erfahrungen gezeitigt hat.

§ 2.

Beteiligung der einzelnen Gerichtspersonen an der Ausübung der Gerichtsbarkeit.

Das Recht unterscheidet eine (prozeßrechtliche) Fähigkeit, das Richteramt in einer einzelnen Sache auszuüben, und eine (staatsrechtliche) Fähigkeit zum Richteramt, d. h. Befähigung zum Richter ernannt zu werden. Die Erstere wird durch das Prozeßrecht, die Letztere durch die Verfassung geregelt. Wir wollen uns hier auf die prozeßrechtliche Behandlung derselben beschränken.

Der ZP kennt einerseits Gründe, welche dem Richter die Befugnis, in einem Prozeß sein Amt auszuüben, entziehen, anderseits solche, welche den Parteien das Recht geben, einen Richter an der Ausübung seiner richterlichen Funktionen zu verhindern. Die Gründe der erstern Gruppe sind der Art, daß schon die Rücksicht auf das Ansehen der Justiz den Ausschluß des Richters erheischt, ohne Rücksicht darauf, ob eine der Parteien den Richter abgelehnt hat oder nicht; die Gründe der Letztern sind völlig abweichender Art. Sie geben den Parteien das Recht, den Richter abzulehnen, ohne indessen dem Richter die Befugnis zu nehmen, von Amteswegen sein Ausscheiden veranlassen zu können.

A. Ausstand.

Er bezweckt den Ausschluß eines an sich befähigten Richters von der Behandlung einer einzelnen, innerhalb seiner Geschäftsaufgabe liegenden Sache. Der Richter wird dadurch für den konkreten Fall zum judex inhabilis.

Art. 22 fordert für das Ausstandsgesuch die Form der Schriftlichkeit als Obligatorium und bestimmt gleichzeitig, daß dasselbe in jedem Stadium des Verfahrens, also im Verfahren vor Bezirks- bezw. Kantonsgericht auch nach abgeschlossenem Schriftenwechsel, ja sogar vor der Schlußverhandlung in den Fällen, wo nach der Hauptverhandlung, aber vor der Ausfällung des Urteils, noch ein weiteres Beweisverfahren notwendig ist, gestellt werden könne. Dadurch ist die Möglichkeit gegeben, daß eine Gerichtsperson [1]) auch dann noch in den Ausstand treten kann und muß, wenn sich der Grund erst in Behandlung der Streitsache ergibt.

Art. 22 Abs. 1 bestimmt, daß die richterlichen Beamten die Tageskosten zu tragen haben, wenn durch ihr Verschulden, sei es infolge absichtlicher oder fahrlässiger Verletzung der rechtzeitigen Anzeigepflicht — ohne aber den Begriff der „rechtzeitigen Anzeigepflicht" genau zu umschreiben — eine Tagfahrt vereitelt wird.

---

[1]) Art. 18 Abs. 1 bezieht dies nicht bloß auf den Richter, sondern auch auf den Ersatzrichter, Gerichtsschreiber und Vermittler, die wir alle unter den Begriff der „Gerichtspersonen" subsummieren wollen.

Gegen ein Urteil, das unter Mitwirkung einer in Ausstand zu tretenden Gerichtsperson zustande gekommen ist, kann die Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht werden. Ob ein nachträgliches Erfahren eines Ausstandsgrundes einen Grund zur Revision, d. h. eine neue entscheidende Tatsache bildet, muß wohl bejahend beantwortet werden; doch muß gerade bei diesem Rechtsmittel die Frage, ob ein Ausstandsgrund vorhanden war, restriktiv beurteilt werden, weil sonst der Trölerei Tür und Tor geöffnet würden.

Nach Art. 18 sind die Gründe, die den Richter ohne weiteres unfähig machen, in einer Streitsache seines Amtes zu walten:

1. Materielles eigenes Interesse am Streitgegenstand infolge des Umstandes, daß der Richter selbst Partei ist — nemo judex in sua causa — oder zu einer der Parteien nach einem in Art. 447—462 ZGB. genannten Grade verwandt ist oder zu einer der Parteien im Verhältnis des Mitberechtigten oder Regreßpflichtigen steht.

2. Abhängigkeit von einer Partei oder umgekehrt; also Streitsachen von Personen, deren Vormund, Verwalter oder Geschäftsführer er ist. Der Begriff der „Person" ist dabei in dem Sinne zu interpretieren, daß darunter nicht nur physische, sondern auch juristische Personen verstanden werden. Dahin hat auch das KG (1923/22) entschieden, indem es die Ausstandspflicht des Bezirksgerichtspräsidenten, der gleichzeitig Gemeindeammann ist, in Sachen einer Forderung seiner Gemeinde, verfügte. Es hob die durch den erstinstanzlichen Gerichtspräsidenten erlassene Konkurseröffnung auf, „da derselbe in seiner Stellung als Gemeindeammann bei der Geltendmachung einer Gemeindeforderung für die Beurteilung des Konkursbegehrens der Gemeinde gegen ihren Schuldner funktionell absolut unfähig war und daher, gleichgültig mit oder ohne Vorwissen des Schuldners, bezw. seines Vertreters, die Behandlung des Konkursbegehrens nicht selbst an die Hand nehmen durfte, sondern sie seinem Stellvertreter zu überweisen hatte." Hier konnte der Schlußsatz des Art. 18 nicht analog angewendet werden. Es handelte sich darum, den Entscheid als den eines funktionell unzuständigen und zur Entscheidung sachlich unfähigen Richters aufzuheben.

3. Wenn es sich um eine Streitsache handelt, in welch der Richter bereits als Beamter einer untern Instanz, Zeug Sachverständiger, Rechtsanwalt, Beistand oder Vollmachtträg entweder selbst gehandelt oder zu Handlungen Auftrag gegeb hat. Die kantonsgerichtliche Judikatur hat diese Bestimmur strikte ausgelegt und dahin entschieden, „daß die bloße Ta sache, daß ein oder mehrere Mitglieder eines Gerichtes a Zeugen angerufen worden sind, noch keinen Ausstandsgrun für dieselben bewirke" (KG 1923/10). Es hat dabei ausgeführ daß eine Ablehnung der fraglichen Mitglieder des Gerichte nicht auf Art. 18 Ziff. 3 begründet werden könne, indem dor ausdrücklich verlangt ist, daß ein Richter als Zeuge gehande hat. Der Ausdruck „handeln" ist zwar nicht gut gewählt un findet sich im Gesetze zweifellos nur deshalb, weil im selbe Satze auch die Betätigung als „Beamter einer untern Instanz Sachverständiger, Rechtsanwalt, Beistand oder Vollmachtträger" aufgeführt ist; er kann aber zweifellos nur dahin verstande werden, daß ein Richter ablehnbar sei, wenn er als Zeug einvernommen worden ist. Das Gesetz spricht ausdrück lich von der Vergangenheit. [2])

Wenn schon in der bloßen Anrufung als Zeuge ein Aus standsgrund erblickt werden sollte, so wäre dies in Art. 1 Ziff. 3 ausdrücklich festgestellt worden; es wäre nicht einzu sehen, warum der Gesetzgeber nur die Tatsache des Einver nommenseins als Ausstandsgrund aufgeführt hätte, wenn e schon in der bloßen Anrufung als Zeuge einen solchen erblick hätte. Gerade diese Tatsache läßt zwingend den Schluß zu daß der Gesetzgeber in der bloßen Anrufung eines Richters noch keinen Ausstandsgrund erblickt. Es geht daher nicht an, einen solchen auf Grund des Art. 19 Ziff. 4 oder gar eines an geblichen allgemeinen Rechtsgrundsatzes konstruieren zu wollen.

Art. 19 Ziff. 4 schafft einen Ausstandsgrund, wenn ei Richter in einen hängigen Rechtsstreit mit einer Partei ver wickelt ist. Eine solche Verwicklung kann nun nicht darin er blickt werden, daß ein Richter als Zeuge angerufen wurde

---

[2]) Es stimmt damit — wenn auch nicht im Wortlaute, so doch im Sinne — mit Art. 41 der DZPO überein. Die deutschrechtliche Doktrin ist über einstimmend der Ansicht, daß aus der bloßen Tatsache, daß ein Richte als Zeuge angerufen worden ist, noch kein Ausstandsgrund abzuleite sei. (Wach, § 27 S. 338, Planck § 30 S. 117, Hellwig § 79 S. 81) Dieser Grundsatz darf auch für den st. gall. ZP als gültig erachtet werden

Irgendeine Gefahr mangelnder Objektivität ist nicht erfindlich. Die Ausstandsgründe sind im Gesetze so weit gefaßt, daß die Aufzählung als eine erschöpfende betrachtet werden muß. Es geht nicht an, die Zahl der Ausstandsgründe zu vermehren. Eine Ausstandspflicht für einen bloß als Zeuge angerufenen Richter wäre, abgesehen davon, daß eine solche im Gesetze nirgends statuiert ist, auch nicht wünschenswert, da sonst nicht genehme Richter von den Parteien beliebig in Ausstand gebracht werden könnten, dadurch, daß diese für irgend eine Tatsache, die für die Streitsache nicht wesentlich ist, als Zeugen angerufen werden.

Jeder Rechtssuchende im Kanton St. Gallen hat Anspruch auf einen nach Maßgabe der Prozeßordnung zur Ausübung seiner Funktionen fähigen Richter und zwar vor allen Instanzen und in allen Streitfragen. Wenn daher in einer Streitsache ein nach Art. 18 funktionell absolut unfähiger Richter bei einem Entscheide mitwirkt, so ist ein vollzähliges, funktionell fähiges Richterkollegium nicht vorhanden und es fehlt daher nach Art. 78 KV und Art. 18 ZP eine „gültige" Verhandlung und ein „gültiger" Entscheid; die Parteien sind dadurch in ihren prozessualen Rechten verkürzt und es liegt darin, ohne daß erst von einer Partei ein Ausstandsbegehren gestellt oder eine Einrede erhoben werden müßte, eine Rechtsverweigerung, welche ihre Remedur einzig darin findet, daß die Streitsache ohne weiteres an dieselbe Instanz zu gesetzesmäßiger Neubeurteilung zurückgewiesen wird.

Art. 18 bestimmt des ferneren, daß der Erlaß oder die Verweigerung einer Verfügung des Gerichtspräsidenten oder seines Stellvertreters im summarischen Verfahren keinen Ausschließungsgrund für die Mitwirkung im ordentlichen Verfahren bilde; ebenso die Fällung eines Rekursentscheides.

Über ein streitiges Ausstandsbegehren entscheidet, wenn es gerichtet ist:

Gegen den Vermittler und seinen Stellvertreter: Der Bezirksgerichtspräsident;

gegen den Bezirkspräsidenten als Einzelrichter,

oder gegen einen Schiedsrichter: Der Kantonsgerichtspräsident;

gegen den Kantonsgerichtspräsidenten als Einzelrichter: Die Rekurskommission des KG;

gegen die Mitglieder eines Gerichtes: Dieses selbst, nach Einberufung der nötigen Anzahl Ersatzrichter.

In den Fällen, wo dem Ausstandsbegehren Folge gegeben wird, muß das Gericht vervollständigt werden, um der Norm des Art. 17, die Vollzähligkeit des Gerichtes zur gültigen Verhandlung und Entscheidung erfordert, zu genügen.

B. Ablehnung.

Die Ablehnbarkeit einer Gerichtsperson besitzt im g. R. viel Ähnlichkeit mit der Ausschließung. Das typische Unterscheidungsmerkmal, das allen Zivilprozeßordnungen in seinen wesentlichen Grundzügen gemeinsam ist, liegt darin, daß die abgelehnten Gerichtspersonen nur dann von der Behandlung der Streitsache ausgeschlossen werden, wenn dies von den Parteien verlangt wird. Dieses Recht des Verlangens besitzen im st. gallischen Zivilprozeß nicht nur die Parteien, sondern auch die Gerichtspersonen selbst, indem sie wegen Befangenheit zur Selbstablehnung schreiten können (Art. 19).

Die richterlichen Beamten können von sich aus in Ausstand treten oder abgelehnt werden:

1. Wenn sie selbst oder die in Ziff. 1 und 2 des vorangehenden Abschnittes erwähnten Personen vom Ausgange des Rechtsstreites einen erheblichen Vorteil oder Nachteil zu erwarten haben. Diese Tatsachen hat der Gesuchsteller, wenn möglich, durch urkundliche Ausweise zu begründen, deren Würdigung dem freien richterlichen Ermessen anheimgestellt wird. Wenn dies nicht möglich ist, muß die begehrende Partei auf die bei Amtspflicht abzugebende Erklärung der betreffenden Gerichtspersonen abstellen, die dann endgültige Wirkung erlangt.

Die Voraussetzung der „Erheblichkeit" des zu erwartenden Vor- oder Nachteils muß hier möglich weitgehend zur Anwendung gebracht werden. Diese Forderung des Gesetzgebers geht unseres Erachtens zu wenig weit. Der Richter kann sich unter Umständen schon von einem kleinen Vor- oder Nachteil beeinflussen lassen.

2. Wenn sie Mitglieder einer Gesellschaft oder juristischen Person sind, um deren Streitsache es sich hier handelt.

3. Wenn sie Mitglieder oder Schreiber einer Behörde sind, welche Vollmacht zum Rechtsstreit erteilt hat.

4. Wenn sie zu einer Partei in besonders enger Freundschaft oder in Feindschaft stehen, oder in einen noch anhängigen Rechtsstreit verwickelt sind.

5. Wenn sie über den Rechtsstreit Rat erteilt haben oder wenn Tatsachen (z. B. ein besonderes Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis zu einer Partei, Blutsverwandtschaft oder Verschwägerung bis zum zweiten Grade mit dem Vertreter einer Partei) vorliegen, welche sie als befangen erscheinen lassen.

Die Einreichung des Ablehnungsgesuches hat vorerst die einstweilige Wirkung, daß der betreffende richterliche Beamte sich der Mitwirkung in solchen Prozessen enthalten muß (Art. 20, Abs. 2). Der Grund ist die zu befürchtende Nichtigkeit seiner Handlungen im Falle der Gutheißung des Gesuches. Diese Gefahr liegt nicht vor, wenn das Gesuch offenbar verwerflich und nur zum Zwecke der Prozeßverschleppung vorgebracht ist. Es wird daher wenigstens dann unbeachtet bleiben dürfen, wenn den Umständen nach anzunehmen ist, daß das Interesse des bedrohten Prozeßgegners keinen Aufschub der Fähigkeit des abgelehnten Richters gestattet.

Die Verwerfung des Gesuches bewirkt die Unanfechtbarkeit der Handlungen des abgelehnten Richters. Sie bewirkt ferner die Unzulässigkeit späterer Geltendmachung des Ausschließungs- oder Ablehnungsgrundes auf dem Wege der Revisions- oder Nichtigkeitsklage.

Die Gutheißung des Gesuches bewirkt, daß die betreffende Gerichtsperson sich in der Ausübung ihrer Funktionen in der konkreten Sache zu enthalten hat und die Ersetzung der ausgeschlossenen Persönlichkeit durch eine hiefür bestimmte.

§ 3.

Sachliche Zuständigkeit.

Der Gesetzgeber hat die Normen, die er für die Verteilung der Rechtsstreitigkeiten erster Instanz unter die Gerichte verschiedener Ordnung und verschiedener Art aufstellt, unter den Titel „sachliche Zuständigkeit und Befugnisse der richterlichen Behörden" subsummiert. Das ist u. E. eine zu weitgehende Fassung, denn wenn diese beiden Begriffe auch nicht identisch sind, so lassen sie sich doch in ihrer Bedeutung auseinander folgern; das eine begründet das andere. Das Kompetenzkriterium, das in der Natur des Rechtsverhältnisses schlechthin, oder in der Person des berechtigten oder verpflichteten Subjekts oder im Werte des Streitgegenstandes begründet sein kann,

bestimmt die Instanz, vor der die Streitsache zur Austragung zu gelangen hat und damit auch die Befugnisse der richterlichen Behörden. Sie resultieren aus der Gerichtsgewalt, die einem Gerichte in einer Sache bestimmter Art oder ihrer lokalen Beziehung zu einem bestimmten Raume zusteht.

Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit der einzelnen Gerichte hat der st. gallische ZP eine Differenzierung nach zwei Gesichtspunkten vorgenommen, nach der maßgebend sind:

a) Der Wert der Streitsache. [1])
b) Die innere Bedeutung der Streitsache.

Dem Wert des Streitgegenstandes ist große Bedeutung beizumessen; denn er ist es, der das Gericht, vor dem die Streitsache zur Austragung gelangen soll, und damit auch das anzuwendende Verfahren, bestimmt. Es ist Aufgabe jeden Rechtes, ökonomisch zu wirken zwischen Mittel und Zweck. Das führt dazu, in Organisation und Verfahren einen Unterschied zu machen zwischen hochwertigen und geringwertigen Streitigkeiten. Die Wertabstufung im Gesetze hinsichtlich der Kompetenz der verschiedenen Gerichte ist daher in diesem Sinne aufzufassen.

A. Gerichte erster Instanz.

Das sind diejenigen Gerichte, welche zur Behandlung eines gegebenen Streitfalles gesetzlich zunächst berufen sind; an sie haben sich die Beteiligten zuerst zu wenden. Im Geltungsbereiche des st. gallischen ZP sind dies: Die Vermittler, die Bezirksgerichtspräsidenten, die Gerichtskommissionen und die Bezirksgerichte. Diese Normen der erstinstanzlichen Behandlung sind zwingender Natur. Aus Zweckmäßigkeitsgründen hat der Gesetzgeber hier jedoch eine Ausnahme geschaffen, indem (Art. 30, Abs. 2) appellable Streitfälle durch Verständigung der Parteien mit Umgehung des Bezirksgerichtes unmittelbar beim KG anhängig gemacht werden können. Diese Bestimmung ist sicherlich aus der Erfahrung entstanden, daß die Streitparteien, nachdem der Vermittlungsversuch gescheitert ist, den festen Entschluß fassen, den Streitfall bis vor das letztmögliche Forum zu bringen. In solchen Fällen soll, in Anlehnung an den Grundsatz, daß das Gesetz ökonomisch wirken soll, eine mögliche

[1]) § 4.

Kostenersparnis eintreten, indem das vor die letzte Instanz sich schiebende Gericht ausgeschaltet wird. In diesem Falle ist das KG erste und letzte kantonale Instanz für die Beurteilung des Streitfalles.

1. Der Vermittler.

Art. 25 Abs. 1 bestimmt, daß der Vermittler „in allen dem Zivilprozeßverfahren unterstellten Streitigkeiten die Vermittlungsbehörde" ist. Diese Tätigkeit liegt außerhalb der richterlichen Aufgaben. Soweit der Vermittler [2]) nur Vermittlertätigkeit ausübt, ist er infolgedessen kein richterliches Organ. Der Gesetzgeber hat dem Vermittler aber noch eine weitere Tätigkeit zugelegt: Der Vermittler ist das erstinstanzliche Gericht niederer Ordnung, insofern ihm als Bagatellrichter Sachen mit geringem Streitwert und solche zugewiesen sind, von denen man glaubte, daß sie um des Beschleunigungsbedürfnisses und ihrer Einfachheit willen der vereinfachten Behandlung durch den Einzelrichter passend unterworfen würden.

Mag man sich zum Einzelrichter-Institut stellen wie man will; in Bagatellsachen wird man es anerkennen müssen. Der Bürger verlangt mit Recht, daß er für seine kleinern Streitwerte ein mit geringen Kosten verbundenes Verfahren erhalte, damit der Ausgang des Prozesses wenigstens irgendwie mit den aufgewendeten Kosten und Mühen in Einklang stehe. Von all den Maßnahmen, die dazu berufen sind, die Prozeßkosten herabzusetzen, weist das Einzelrichter-Institut den weitaus größten Erfolg auf. Der einzelne Richter kann eben im Verhältnis zum kollegialistisch gebildeten Gericht umso billiger arbeiten, je größer das letztere ist.

Ein weiterer Umstand, der die monokratische Gerichtsorganisation im Bereiche des Bagatellprozesses befürwortet, liegt in der bedeutend raschern Arbeit gegenüber dem Kollegialgerichte, weil der Richter als einziger Beteiligter alle Stadien

[2]) Das Gesetz legt dem Vermittler in Art. 25, Abs. 1 auch die Bezeichnung „Sühnebeamter" bei. Wir würden diese Bezeichnung vorziehen, soweit sie die Vermittlungstätigkeit wiedergeben soll. Sie gibt genau das Bild seiner Funktionen. Soweit er einzelrichterliche Tätigkeit bezeichnen soll, ist weder dieser noch jener Ausdruck zweckmäßig und müßte hier eine andere Bezeichnung, oder eine solche, die beide Tätigkeiten verbindet, gefunden werden.

des Prozesses beherrscht, womit die zeitraubende Aktenzir lation dahinfällt; des fernern, weil er befugt ist, in Fällen, der Vergleichsversuch mißlingt, sofort das Urteil zu erlas (Art. 233, Abs. 2).

In den Kompetenzkreis des Vermittlers als Einzelrich fallen alle Zivilstreitigkeiten (Klagen und Widerklagen), de Wertbetrag **Fr. 25.**— nicht übersteigt (Art. 25, Abs. 3). Di Wertgrenze bildet in neuerer Zeit, vor allem in Folge der du den Weltkrieg hervorgerufenen Geldentwertung, die Angrif fläche für die die Erneuerung und Anpassung an die Zeitv hältnisse fordernden Bürger. Die Frage der Erhöhung d Betrages ist etliche Male aufgeworfen worden, hat aber i eine andere Lösung zu fördern vermocht. Sie ist teils ei wirtschaftliche, teils eine rechtliche. So wie die Fassung g. R. ist, ist sie jedenfalls auf die Dauer unhalthar. Solan das Gesetz das Einzelrichterinstitut nur für geringfügige Streit keiten und nicht auch für höherwertige [3]) kennt, sind diese Betrage ganz bestimmt zu enge Grenzen gezogen; es wür sich demnach eine Erhöhung auf Fr. 50.—, wie sie ja oft gen gefordert wurde, ganz bestimmt rechtfertigen. In neuerer Z macht sich aber immer mehr das Bestreben geltend, den Bezirk gerichtspräsidenten Einzelrichterfunktionen zu übertragen, w diese Kompetenzerweiterung durchaus entbehrlich machen würd Die letztere Lösung ist u. E. sicherlich vorzuziehen.

2. Der Bezirksgerichtspräsident.

Das g. R. (Art. 26) weist den Bezirksgerichtspräsidente neben der Befugnis zum Erlasse prozeßleitender Verfügunge nur den Entscheid über Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtei die der Vermittler als Einzelrichter erlassen hat, zu, wobei d Vorschriften über die Kassation [4]) in Anwendung zu bring sind. Es wird in der Praxis allerdings selten vorkommen, d gegen ein Urteil in einem Bagatellprozeß die Nichtigkeitsb schwerde angemeldet wird.

Den Bezirksgerichtspräsidenten obliegt ferner der Erl von Verfügungen auf einseitiges Begehren gemäß Art. 2 d E. G. zum ZGB. Es sind dies:

---

[3]) Wir meinen hier Streitfälle mit einem Streitbetrag von Fr. 25.— Fr. 200.—. Siehe auch § 18.

[4]) Siehe auch § 13, lit. B.

Im Personenrecht:

Anordnungen von Berichtigungen im Zivilstandsregister (Art. 45 ZGB.)

Im Familienrecht:

Abkürzung der Wartefrist bei Wiederverehelichung (Art. 103, 104, ZGB.)
Aufforderungen des Ehegatten zur Rückkehr (Art. 140 ZGB.)
Vorsorgliche Maßnahmen vor der Ehescheidung (Art. 145 ZGB.)
Aufhebung der Entziehung des Vertretungsbefugnisses der Ehefrau (Art. 165 ZGB.)
Bewilligung der Berufsausübung der Ehefrau (Art. 167 ZGB.)
Maßregeln zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft (Art. 169/172 ZGB.)
Anordnung d. Gütertrennung auf Begehren d. Gläubiger (Art. 185 ZGB.)
Aufhebung der Gütertrennung (Art. 187 ZGB.)
Fristansetzung an den Vormund (Art. 410 ZGB.)

Im Erbrecht:

Entgegennahme mündlicher letztwilliger Verfügungen (Art. 507 ZGB.)
Vorsorgliche Maßregeln bei der Erbschaftsklage (Art. 598 ZGB.)
Verschiebung der Teilung einer Erbschaft.

Im Sachenrecht:

Verfügung der Eintragung der außerordentlichen Ersitzung (Art. 662 ZGB.)
Berichtigung im Grundbuch bei Güterzerstückelung (Art. 153 ZGB.)
Entziehung des Besitzes der Nutzniessungssache (Art. 762 ZGB.)
Sicherungsmaßregeln bei Wertverminderung der Pfandsache (Art. 808 ZGB.)
Fristansetzung zur Sicherstellung bei Wertverminderung der Pfandsache (Art. 809 ZGB.)
Verfügungen betr. Stellvertretung bei Schuldbrief und Gült. (Art. 860 ZGB.)

3. Die Gerichtskommission.

Die Gerichtskommission wird jeweilen gewählt aus den Mitgliedern des Bezirksgerichtes und setzt sich zusammen aus dem Präsidenten desselben und zwei Bezirksrichtern (Art. 8 Ziff. 2). In die Spruchkompetenz der Gerichtskommissionen fallen alle

Zivilstreitigkeiten im Wertbetrag von Fr. 25.— bis Fr. 200.
Demnach hat diese Kompetenz gegenüber dem Gesetze v
1866 eine Erhöhung von Fr. 100.— erfahren. Darüber s.
die B. R.:

„Eine Erhöhung der Spruchkompetenz bis auf einen Stre
wert von Fr. 200.— rechtfertigt sich von zwei Gesichtspunkt
aus: Einmal darf man annehmen, daß die Qualität unser
Richterstandes sich seit 1866 erheblich verbessert habe u
eine Kompetenzerweiterung infolgedessen empfehlenswert s
Sodann hat die Erfahrung gezeigt, daß bei einer bezirksgerich
lichen Beurteilung von Streitsachen über Fr. 100.— bis Fr. 200.
die verursachten Prozeßkosten und Umtriebe in der Regel
schreiendem Mißverhältnis zum Werte des Streitobjektes standen

Der Vorschlag im GER (Art. 40 Ziff. 1 lit. b und Ziff. 2), w
nach den Bezirksgerichtspräsidenten über Streitsachen im Wer
von Fr. 25.— bis Fr. 200.— eine Spruchkompetenz eingeräu
werden sollte, wurde abgelehnt; ebenso der Vorschlag der E
pertenkommission, wonach die Gerichtskommissionen als Zivi
instanzen fallen gelassen werden sollten, dagegen die Gericht
präsidenten Streitsachen im Werte von Fr. 25.— bis Fr. 200.-
entscheiden sollten.

Die Regelung im g. R. kann heute nicht mehr genüge
Wenn gegenwärtige Bestrebungen von Erfolg begleitet sei
werden, dann werden in absehbarer Zeit die Bezirksgerichtspräs
dent die Funktionen erhalten, die heute die Gerichtskommissione
inne haben. Die Frage wird dann die sein, ob die Kompeten
der Gerichtskommissionen zu erhöhen oder dieses Institut übe
haupt abzuschaffen sei. Jedenfalls würde u. E. die erste
Lösung die bessere sein; denn dann erst wird der Kostenau
wand aller Prozesse in richtigem Verhältnisse zum Streitobjek
stehen [5]).

---

[5]) Art. 27 weist ferner die Beurteilung aller Klagen wegen Beschimpfu
den Gerichtskommissionen zu, während es die Entscheidung über Ve
leumdungsklagen in den bezirksgerichtlichen Kompetenzkreis stellt. D
Regelung im g. R. ist tatsächlich eine allzu komplizierte; sie ste
an den Vermittler beinahe unerfüllbare Anforderungen. Die gewiegt
sten Juristen sind sich oft darüber uneinig, ob ein Tatbestand das Deli
der Beschimpfung oder der Verleumdung konsumiert. Es muß dah
eine andere Ordnung geschaffen werden. Ob nun alle Ehrverletzung
klagen, welche nicht Ehrverletzungen durch die Druckerpresse od
ähnliche Vervielfältigungsmittel oder Ehrverletzung an einer öffentlich
Versammlung betreffen, dem Urteil der Gerichtskommission übergeb

4. Die Bezirksgerichte.

Das Bezirksgericht, das sich aus sieben Mitgliedern zusammensetzt, ist von den erstinstanzlichen Gerichten insoweit das bedeutendste, als ihm zufolge seiner weitgehenden Kompetenzen ein großes Tätigkeitsfeld geöffnet ist; es ist vor allem nicht an eine maximale Höhe des Streitwertes gebunden (Art. 28 Ziff. 2 lit. a), wohl aber an eine minimale (Art. 28, Ziff. 2 lit. a). Die untere Grenze richtet sich nach zweierlei Gesichtspunkten und Abstufungen.

Es beurteilt unter Vorbehalt einer Nichtigkeitsbeschwerde an die RK alle dinglichen und Forderungsstreitigkeiten im Werte von über Fr. 200.— bis Fr. 500.—; erstinstanzlich, also mit Vorbehalt der Appellation an das KG alle Zivilstreitigkeiten mit Streitwerten von über Fr. 500.—. Auch hier haben Zweckmäßigkeitsgründe den Ausschlag gegeben, wobei der Gesetzgeber sich von der Erwägung leiten ließ, das Prozesse mit relativ geringen Streitwerten nicht dem kostspieligen Appellationsverfahren unterliegen sollten. Diese Ordnung ist sicherlicherlich eine den Kompetenzen der andern erstinstanzlichen Gerichten entsprechende. Wenn sie trotzdem einer Modifikation bedarf, so ist diese nicht im Sinne einer rechtlichen, son-

---

werden sollen, und zwar gleichgültig, in welcher Höhe Zivilansprüche mit der Ehrverletzungsklage verbunden werden, das ist ein Problem, das unbedingt einer Erlösung bedarf. U. E. sollten alle Ehrverletzungsklagen erstinstanzlich an das Bezirsgericht gewiesen werden, da der Wert der Ehre sonst doch allzu gering bemessen wird.

So wie die Regelung im g. R. ist, erhebt sich die Frage, welcher Richter bei der Verbindung einer Beschimpfungsklage mit einer damit verbundenen Forderungsklage von über Fr. 200.— zuständig ist. RK (1931/16) hat dahin entschieden, daß die Forderungsklage in diesem Falle nur Accessorium zur Injurienklage ist, „indem die Forderung nicht auf einem selbständigen Rechtstitel beruht"; es ist für die Beurteilung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Richters auf das Hauptrechtsbegehren abzustellen und der Streitfall an die Gerichtskommission gemäß Art. 27 zu leiten. Dabei kann die Forderungsklage nur beurteilt werden, werden, wenn der Kläger die Forderung nachträglich auf Fr. 200.— reduziert; andernfalls ist die Behandlung der Forderungsklage auf ein separates Verfahren, für das das Bezirksgericht zuständig ist, zu verweisen.

Den Erkenntnissen der Gerichtskommissionen ist in dem Sinne endgültige Entscheidungskraft beizumessen, daß unter Ausschluß der Appellation nur die Kassationsbeschwerde oder Erläuterung zulässig ist (§ 13).

dern wirtschaftlichen Umgestaltung aufzufassen. Wir haben schon im Vorstehenden die Notwendigkeit des Einzelrichterinstitutes betont. Wenn die Revision des ZP dies bringen wird, dann wird diesem die Kompetenz der Gerichtskommissionen, dieser aber die letztinstanzliche der Bezirksgerichte eingeräumt werden. Diese Formierung dürfte dem heutigen Wirtschaftsleben und dem heutigen Geldeswert sicher am besten angepaßt sein.

In die bezirksgerichtliche Kompetenz fallen nicht bloß die Zivilstreitigkeiten, sondern auch alle nichtstreitigen Rechtssachen. Die Aufzählung der nichtstreitigen Angelegenheiten im Gesetze (Art. 28 Ziff. 2 lit. b bis i) ist keine erschöpfende. Sie umfaßt nur diejenigen, die nach ZGB. oder OR. einer richterlichen Behörde zugewiesen sind. Das ist insoweit ein Mangel, als darunter auch diejenigen nichtstreitigen Angelegenheiten fallen, die von andern eidgenössischen oder kantonalen Vorschriften der Zuständigkeit der Gerichte untergestellt werden, wie z. B. das Nachlaßverfahren.

Es beurteilt:

Die Begehren auf Verschollenheitserklärung (Art. 35 ZGB.) und die Klagen wegen Pflichtteilverletzung (Art. 471 ZGB.).

Die Klagen auf Verhängung und Aufhebung der Vormundschaft, auf Ausscheidung und Sicherstellung des Frauenvermögens und deren Aufhebung (Art. 366, 200 Abs. 1, 205 Abs. 2 ZGB.).

Klagen aus Verlöbnis (Art. 260), Einsprache gegen Abschluß der Ehe, Klagen auf Scheidung und Nichtigkeit der Ehe und deren Folgen und die Unehelicherklärung von während der Ehe gezeugten Kindern, sowie die Begehren um Berichtigung in den Zivilstandsregistern.

Vaterschaftsklagen (Art. 203 ZGB.).

Verleumdungsklagen. Die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts für die Beurteilung einer Genugtuungsklage ist in den Fällen, wo ausdrücklich auf Verleumdung geklagt wird, ebenfalls gegeben, gleichviel ob der eingeklagte Vorgang an sich den Tatbestand der Verleumdung oder bloß der Beschimfung erfülle.

Administrativstreitigkeiten soweit sie umfassen: Ansprachen an das Bürger- oder Genossenrecht einer gesetzlichen Korporation; Streitigkeiten über Nutzungen Einzelner am Genossengut; Streitigkeiten betr. die Steuerpflicht; Streitigkeiten von Gemeinden oder gesetzlichen Korporationen mit ihren Vorstehern; oder

von einzelnen Anteilhabern mit der Korporation über unstatthafte Verwendung von Gemeinde- und Genossengut; sowie über streitige Rechnungen oder Rechnungsposten; Streitigkeiten auf Schaden- oder Kostenersatz gegen Beamte oder Behörden aus dem Grund verletzter oder versäumter Amtspflicht.

Ferner führt das Gesetz hier „diejenigen Ansprüche, die durch das Gesetz betr. die Einführung des BG. über SchKG. den Bezirksgerichten zugewiesen sind", an. Es handelt sich dabei um alle Betreibungs- und Konkursstreitigkeiten materiellrechtlicher Natur, wie Anerkennungs-, Rückforderungs-, Widerspruchs-, Kollokations-, Arrestforderungs-, Rückschaffungs- und Anfechtungsklagen (Art. 82, 86, 107, 109, 187, 242, 250, 278, 284, 285 ff.), dann aber auch um rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten wie z. B. die Arrestaufhebungsklage (Art. 279 SchKG.). Diese unterliegen ohne Rücksicht auf ihren Streitbetrag, soweit ein solcher überhaupt schätzbar wäre, der bezirksgerichtlichen Spruchkompetenz.

B. Gerichte höherer Instanz.

Das sind diejenigen, an welche die Behandlung eines Falles gelangt, um die Entscheidung des ihm subordinierten Gerichtes nötigenfalles zu verbessern. Ihre Gerichtsgewalt kann unter gewissen Voraussetzungen und auf Grund eines vorangehenden Urteiles (Ausnahme Art. 30 Anhängigmachung eines appellablen Rechtsstreites direkt beim KG) in Anspruch genommen werden. Ihre Gerichtsgewalt umfaßt die Annahme, Prüfung und Entscheidung der gegen die Entscheidungen der ihnen untergeordneten Gerichte erhobenen Beschwerden [6]). Das ist ihre eigentliche Aufgabe. Unbeschadet dessen übt das staatlich untergeordnete Gericht die ihm eingeräumte Gerichtsgewalt selbständig und unabhängig von dem übergeordneten Gerichte höherer Instanz aus. Insbesondere ist das letztere nicht dazu berufen, den ersten Rechtsbelehrungen bindender Art für die Behandlung eines konkreten Falles zu erteilen.

Aber es ist eine nicht zu verkennende Tatsache, daß z. B. die Entscheidungen des KG eine Quelle reichhaltiger Belehrung für die ihm untergeordneten Gerichte bilden. Sie sollen es

[6]) Über das Verfahren, Folgen und Voraussetzungen der Rechtsmittel § 13.

auch sein. Sie verfolgen den Zweck [7]), die Gleichförmigkeit der Rechtssprechung im ganzen Kanton zu erreichen und aufrecht zu erhalten. Aber die „Judikatur ist für den Richter nicht bindend, sondern nur Hilfsmittel der eigenen Entscheidung. Insbesondere sind Präjudizien nicht zwingend. Denn wenn auch ein konstanter Gerichtsgebrauch die Sicherheit des Rechtszustandes fördert, so würde andererseits eine Erstarrung der Praxis jeden Fortschritt des Rechtslebens hindern" [8]). Wo das subordinierte Gericht durch die Begründung der in der höheren Entscheidung entwickelten Rechtsansicht nicht überzeugt ist, soll es pflichtgemäß seine eigene, wenn auch abweichende, Rechtsansicht seinen Entscheidungen zu Grunde legen.

1. Das Kantonsgericht.

Das Kantonsgericht besteht aus 10 Mitgliedern, (es beurteilt Zivilstreitigkeiten in der Besetzung von 5 Mitgliedern), wobei aber der Große Rat durch Art. 12 Abs. 2 die Befugnis erhält diese Zahl auf dem Beschlußwege auf 12 zu erhöhen.

Es beurteilt auf eingereichte Appellation hin „letztinstanzlich [9]) alle jene Streitsachen, welche erstinstanzlich dem Bezirksgerichte zugewiesen sind" (Art. 30 Abs. 1). [10])

Es erteilt die Bewilligung zur Ausübung des Anwalts- und Rechtsagentenberufes „an solche Personen [11]), welche die hiefür nötigen Fähigkeiten besitzen und in bürgerlichen Ehren und Rechten stehen" (Art. 31 Abs. 1) [12]). Damit hat der Kanton St. Gallen den Grundsatz, daß die Ausübung des Anwalts- und Rechtsagentenberufes frei sei, preisgegeben. Das KG übt die Oberaufsicht über die Berufsführung derselben aus und ist, kraft

---

[7]) Wie die bundesgerichtlichen Entscheidungen als diejenigen der Gerichtsbehörde mit Gerichtsgewalt über das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft.

[8]) Von Tuhr, Allg. Teil des schweiz. Obligationenrechts, S. 5.

[9]) Der ZP ist kantonales Recht; deshalb bezieht sich die „letztinstanzliche" Behandlung nur auf kantonale Gerichtsbehörden, berührt aber keinesfalls die Rechtsmittel an das Bundesgericht, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind. Dies sind eidgenössische Normen.

[10]) Über die Voraussetzungen der Appellation § 13.

[11]) Es entspricht den Prinzipien eines modernen, demokratisch orientierten Staates, daß der Gesetzgeber nur Qualifikationen und Bildungsgang nicht aber das Geschlecht der betreffenden Person berücksichtigt und damit auch Frauenspersonen von der Ausübung dieses Berufes nicht ausschliessen wollte.

[12]) Reglement für die Anwälte und Rechtsagenten vom 14. März/21. Mai 1901

Art. 31 Abs. 2 befugt, im Falle grober Pflichtverletzung Rügen auszusprechen oder Ordnungsbussen [13]) bis auf Fr. 200.— zu verhängen, oder die erteilte Bewilligung zeitweise oder ganz zurückzuziehen.

Neben der Aufsicht über die Berufsführung der Anwälte und Rechtsagenten hat das KG auf Grund von Art. 6 u. 11 auch die Befugnis, die Oberaufsicht über die ihm untergeordneten Gerichte auszuüben.

Art. 30 Abs. 3 bestimmt, daß das KG alle jene Zivilstreitigkeiten zu beurteilen habe, die infolge der Bundesgesetzgebung an eine einzige kantonale Instanz verwiesen werden. Der Gesetzgeber hat es, aus der Erkenntnis, daß die Aufzählung dieser Bestimmungen der Bundesgesetzgebung zustehe, unterlassen, diese Gesetze aufzuführen. Um auch dem Laien einen bessern Überblick zu gewähren, wäre es aus Zweckmäßigkeitsgründen sicherlich zu begrüßen, wenn diese im Gesetze aufgeführt wären [14]). Es sind dies:

Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst (BG. vom 7. Dezember 1922);
Nachahmung patentierter Erfindungen (BG. vom 21. Juni 1907);
Nachahmung patentierter Muster u. Modelle (BG. v. 30. März 1900);
Schutz der Fabrik- und Handelsmarken (BG. vom 26. Septbr. 1890);
Nutzbarmachung der Wasserkräfte (BG. vom 22. Dezember 1916).

2. Die Rekurskommission des Kantongerichtes.

Sie besteht aus drei Mitgliedern des Kantonsgerichtes und wählt aus ihrer Mitte den Präsidenten (Art. 13).

Sie beurteilt einerseits auf dem Wege der Nichtigkeitsbeschwerde Urteile der Gerichtskommissionen, andererseits solche der Bezirksgerichte, wenn das Urteil nicht an das KG weiterziehbar ist; also soweit es sich um dingliche und Forderungsstreitigkeiten im Werte von Fr. 200.— bis Fr. 500.— handelt. Der Gesetzgeber hat sich bei dieser Regelung von der Erwägung leiten lassen, daß einerseits gegen jedes erst-

[13]) Es handelt sich hierbei nicht um gewöhnliche Disziplinarstrafen im Sinne von Art. 122 Abs. 5, sondern um außerordentliche, welche nur nach eingeholter Vernehmlassung des betreffenden Anwaltes oder Rechtsagenten ausgesprochen werden dürfen.

[14]) Der thurgauische ZP hat dies z. B. getan. Art. 65.

instanzliche Erkenntnis die Möglichkeit der Ergreifung eine Rechtsmittels geboten werden müsse, andererseits, dass hier di Appellation im Verhältnis zum Streitwert unproportional hoh Kosten mit sich bringen würde. Über das Verfahren § 13.

Streitige Deservitenforderungen, die aus der im Kanto St. Gallen ausgeübten Berufstätigkeit des Anwaltes gegen de Klienten her stammen, ohne daß diese Tätigkeit sich vor eine gerichtlichen Instanz abspielt, sind gemäß Art. 29 lit. b und Art. 252 durch die RK abschließend zu beurteilen. Hiefür gil das abgekürzte, schriftliche Verfahren, das die Art. 248 bis 251 regeln. Ein Rechtsmittel gegen die Entscheide der RK is im Gesetze nicht erwähnt und auch unmöglich, da eine Appellations- oder Nichtigkeitsinstanz gegen Urteile der RK nich besteht.

Art. 248 bestimmt, daß streitige Deservitenansprüche, die aus berufsmässiger Besorgung solcher Streitsachen herrühren die durch richterliches Urteil oder durch Abschreibung am Gerichtsprotokoll erledigt werden, durch diejenige richterliche Behörde zu erledigen und zu entscheiden sind, welche die betreffende Streitsache letztinstanzlich beurteilt oder durch Abschreibung am Protokoll erledigt hat. Art. 251 Abs. 2 läßt gegen erstinstanzliche Entscheide die Beschwerdeführung an die RK zu. Demnach ist grundsätzlich eine Beschwerdeführung nur gegen erstinstanzliche Deservitenentscheide an die RK zulässig. Dagegen ist klar, daß ein Deservitenurteil des KG nicht durch eine Beschwerde an die RK gezogen werden kann. Weil gegen die Deservitenentscheide des KG — im Gegensatz zu den erstinstanzlichen Entscheiden — ein Rechtsmittel im Gesetz nicht erwähnt ist, muß angenommen werden, daß ein Rechtsmittel vom Gesetzgeber nicht gewollt ist.

Die im Art. 251 Abs. 2 vorgesehene Beschwerdeführung ist von singulärer prozessualer Bedeutung. Im Art. 310 ist kein Bezug genommen auf die Beschwerdeführung aus Art. 251 Abs. 2, sodaß schon daraus gefolgert werden kann, daß diese Beschwerde keine Nichtigkeitsbeschwerde ist. Die ratio legis des Art. 251 Abs. 2 ist die, daß, mangels der Appellation und der Nichtigkeitsbeschwerde gegen erstinstanzliche Deservitenentscheide, eine Beschwerdeführung an die RK zulässig sein soll mit der Möglichkeit einer materiellen Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheide, um eine einheitliche Rechtssprechung in Deservitenstreigkeiten zu schaffen. Die RK selbst nimmt

„in der Beurteilung solcher Beschwerden den Standpunkt ein, daß sie dieselben als Berufungsinstanz beurteile und daher, im Rahmen der Beschwerde vorbringen, den Tatbestand selbständig zu überprüfen habe" (RK 1910/19).

Wenn schon gegen die erstinstanzlichen Urteile weder Nichtigkeitsbeschwerde noch Appellation, sondern lediglich eine Beschwerdeführung zugelassen wurde, so sind die ordentlichen Rechtsmittel umsomehr gegen die Urteile des KG ausgeschlossen. Der Gesetzgeber wollte in Art. 248 ff. das gesamte Verfahren, inklusive des Rechtsmittelverfahrens, erschöpfend behandeln und hat hiefür spezielle Bestimmungen aufgestellt. Das Vorverfahren durch den abgekürzten Schriftenwechsel, die Einschränkung der Beweiserhebung auf dem Wege des Untersuchungsverfahrens und ohne Vorstand der Parteien, stellen wesentliche Ausnahmebestimmungen vom ordentlichen Verfahren dar. Ein Vorstand der Parteien vor Gericht findet ebenfalls nicht statt. Bezüglich der Rechtsmittel enthält nur Art. 251 Art. 2 eine Bestimmung; aber gerade dieser Norm ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber auch bezüglich der Rechtsmittel eine Sonderung schaffen wollte. Denn dadurch, daß gegen erstinstanzliche Entscheide ohne Rücksicht auf den Streitwert nur eine materiellrechtliche Beschwerdeführung an die RK zulässig ist, wurden die ordentlichen Rechtsmittel ausgeschaltet. Wäre in einem konkreten Falle die streitige Deservitenforderung im Verfahren vor Bezirksgericht höher als Fr. 500.—, so könnte mangels einer besonderen Bestimmung gegen erstinstanzliche Entscheide die Appellation an das KG ergriffen werden; wäre er kleiner, so wäre gegen instanzliche bezirksgerichtliche Erkenntnisse die Nichtigkeitsbeschwerde an die RK zulässig. Gegen Deservitenurteile der Gerichtskommission wäre die Nichtigkeitsbeschwerde an die RK ebenfalls offen. Dadurch aber, daß der Gesetzgeber gegen alle erstinstanzlichen Entscheide nur eine materielle Beschwerdeführung an die RK ausdrücklich bot, wollte er zweifellos die Appellation und die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die erstinstanzlichen Erkenntnisse ausschliessen.

In der ganzen Struktur des Verfahrens für Deservitenstreitigkeiten zeigt sich in jeder Hinsicht also eine Abweichung von demjenigen des ordentlichen Prozesses. Die Grundlage dessen bildet die gesetzgeberische Ansicht, daß die Festsetzung der Deservitenforderungen nicht den üblichen Instanzenweg zu gehen braucht.

Der st. gallische ZP hat die Beschwerde zu einem vielseitigen, den verschiedensten Funktionen dienendes Rechtsmittel ausgestaltet und damit auch der RK Kompetenzen verschiedener Art eingeräumt. So ist sie auch die zuständige Instanz für reine Disziplinarbeschwerden (Art. 29 lit. c); so bei Beschwerden wegen verweigerter oder verzögerter Rechtssprechung der Vermittler, Gerichtskommissionen und Bezirksgerichte, sowie gegen Verfügungen der Bezirksgerichtspräsidenten, soweit sie im summarischen Verfahren erlassen wurden.

3. Das Kassationsgericht.

Es besteht aus fünf Mitgliedern und vier Ersatzrichtern und steht unter der Aufsicht des Großen Rates (Art. 16).

In den Kreis seiner Kompetenzen fällt die Beurteilung aller Kassationsgesuche gegen Urteile des KG, ebenso gegen Urteile von Schiedsgerichten, wenn das Gericht die durch den Schiedsvertrag festgestellten Befugnisse überschritten hat, oder wenn die Voraussetzungen für den Erlaß eines Nichtigkeitserkenntnisses, worüber im § 13 ausführlich die Rede ist, zutreffen (Art. 33).

§ 4.

Ermittlung des Streitwertes.

Der Wert des Streitgegenstandes bildet nicht bloß die Zuständigkeitsgrenze für die Gerichte erster Instanz; das Gesetz macht darüber hinaus das Angehen Gerichte höherer Instanz davon abhängig, daß der Streitwert eine gewisse Summe erreiche. Der st. gallische ZP regelt die Wertberechnung des Streitgegenstandes zunächst bezüglich der sachlichen Zuständigkeit der einzelnen Gerichte: Vermittler (als Einzelrichter), Gerichtskommission, Bezirksgericht und KG; es will dieselben Grundsätze aber auch analog befolgt wissen bei der Ermittlung des durch den Streit bestimmten, anzurufenden Rechtsmittels; endlich auch bei der Bestimmung der zu erhebenden amtlichen Kosten und schließlich schafft auch der Gebührentarif für Anwälte und Rechtsagenten eine Relation der zu berechnenden Anwaltsgebühren zum Streitwert.

Die Grundzüge, die durch das Gesetz angestrebt und verfolgt werden, sind folgende:

1) Für die Wertberechnung des Streitgegenstandes ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend. Das geht hervor aus:

a) Maßgebend ist weder die Summe, die der Kläger in der Klage geltend gemacht, noch die Summe, die er zu fordern berechtigt ist [1]), sondern der in der Klage geltend gemachte Betrag, abzüglich des vom Beklagten anerkannten Teiles. Folglich ist es von Erheblichkeit, wieviel der Beklagte zugesteht, wieviel er bestreitet, und welche Sacheinreden er vorbringt. Die Frage, ob ein Urteil der Appellation unterliegt, ist nach dem Streitwerte zu entscheiden, welcher nach Maßgabe von Klage und Antwort in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung noch im Streite lag. Einschränkungen der Klage, die nachher eintreten, sind demnach nicht zu berücksichtigen, d. h. beeinflussen die Zulässigkeit der Rechtsmittel nicht. Während der Entwurf vom Jahre 1894, Art. 120 darauf abstellte, was während der „Parteiverhandlung" vor der ersten Instanz streitig war, stellt das g. R. auf Klage und Antwort ab (Art. 36). Auch wenn man, in weiter Interpretation Replik und Duplik einbeziehen will, weil sie Klage und Antwort ergänzen, so würde es dem Willen des Gesetzes widersprechen, weiter zu gehen und Verfügungen der Parteien, die erst nach Beendigung der Hauptverhandlung erfolgen, für den Weiterzug maßgebend zu erklären: Sie sind für die Weiterziehbarkeit in ganz gleicher Weise ohne Belang, wie Reduktionen des Klagebegehrens nach Erlaß eines Beweisbeschlusses. Eine im erstinstanzlichen Verfahren vorgenommene Streitwertminderung ist dagegen aus dem Grunde, weil ein Streit in diesem Umfange bei Erlaß des erstinstanzlichen Erkenntnisses nicht mehr besteht, für das Berufungsverfahren zu berücksichtigen. Deshalb ist eine Streitwertverminderung vor erster Instanz wohl für die sachliche, nicht aber für die funktionelle Zuständigkeit bedeutungslos.

b) Art. 38 bestimmt, daß zur Zeit der Anhebung der Klage bereits gefallene Früchte zur Hauptforderung hinzugerechnet werden dürfen, dagegen hängende Früchte unberücksichtigt

---

[1]) Es kann vorkommen, daß der eingeklagte Betrag nicht der tatsächlichen Forderung entspricht, um dadurch den Streitfall einem niederen Gerichte zu unterwerfen; es kann z. B. statt einer Forderung von Fr. 205.— nur eine solche von Fr. 195.— geltend gemacht werden, um die Klage dem billigeren Verfahren der Gerichtskommission, statt demjenigen des Bezirksgerichts, zu unterwerfen.

bleiben. Dadurch stellt der Gesetzgeber den Grundsatz au daß spätere Veränderungen im Werte des Streitgegenstande ohne Einfluß sind auf die einmal begründete Zuständigkei Im ZP von 1850 und in demjenigen vom 8. Februar 1866 feh eine entsprechende Bestimmung; dieser Artikel dürfte de zürcherischen ZP entnommen sein, dessen Art. 228 mit den jenigen des st. gallischen ZP übereinstimmt und lautet: „Neben forderungen dürfen ..... zur Hauptforderung hinzugerechne werden", im Gegensatz zu Art. 227, wonach „der Betrag de Widerklage nicht mit demjenigen der Hauptklage zusammenge rechnet werden darf". Es kann sich darnach nicht darur handeln, mit dem Worte „dürfen" die Ermächtigung des Kläger oder des Rechtsmittelklägers oder gar des Richters zu be zeichnen, den Betrag fälliger Nebenforderungen zur Hauptfor derung hinzuzurechnen oder auch nicht, sondern nur um di Bezeichnung des Gegensatzes zur Streitwertberechnung im Fall der Widerklage, obschon dieser Gegensatz im st. gallischen Z nicht so deutlich zum Ausdruck kommt, wie in dem ihm al Vorbild vorgelegenen Originale. Diese Auffassung des Begriffe „dürfen" in Art. 38 rechtfertigt sich aber nur aus Gründen de Prozeßganges, indem die Anhängigmachung und die Weiter ziehbarkeit eines Streitfalles von objektiven Merkmalen ab hängig sein muß, nicht vom subjektiven Belieben einer ein zelnen Partei; es kann nicht angehen, daß die eine Partei de Leitschein mit dem Streitbetreffnis von Fr. 200.— nebst ge fallenen Zinsen beim Bezirksgericht, die andere ihn bei de Gerichtskommission einschreiben lasse; es kann nicht erlaub werden, daß bei teilweisem Schutz und teilweiser Abweisun einer Klage über Fr. 500.— (welcher Betrag sich aus Kapita und gefallenen Zinsen zusammensetzt) die eine Partei gege das bezirksgerichtliche Urteil die Weiterziehung, die ander Partei die Nichtigkeitsbeschwerde an die RK ergreife und beid Instanzen Urteile auszufällen hätten, derart, daß hinsichtlich In halt und Eintritt der Rechtskraft Differenzen entstehen könnten

Anders verhält es sich mit im Prozesse bereits aufgelau fenen Kosten. Art. 36 bestimmt, daß der Streitwert durch da klägerische Rechtsbegehren bestimmt werde. Diese Bestimmun ist in diesem Zusammenhange mit Art. 38 auszulegen. Nac Art. 38 bleibt der Betrag der „Kosten des angehobenen Pro zesses" bei der Bestimmung des Streitwertes unberücksichtigt Dieser Bestimmung entspricht die Praxis des KG, das Anwalts

und Expertenkosten, die in derselben Streitsache und unter denselben Parteien aufgelaufen sind, in der Regel aus der Prozeßrechnung ausgemerzt hat. Der sachliche Grund dieses Vorgehens liegt darin, daß es sich bei diesen Kosten nicht um Forderungen handelt, die nach Maßgabe der das streitige Rechtsverhältnis beherrschenden Normen des materiellen Rechts gefordert werden, sondern um accessorische Forderungen, die vom Ausgange des Prozesses über die Hauptsache abhängig sind und daher richtigerweise bei Bestimmung des Streitwertes außer Betracht fallen. Wenn auch ein Kläger im allgemeinen dadurch, daß er einen entsprechend hohen Betrag einklagt, einen Einfluß auf den Streitwert des Prozesses ausüben kann, so trifft dies nach Art. 38 doch nicht zu hinsichtlich desjenigen Teiles des eingeklagten Betrages, der nach der Klagebegründung sich als Prozesskostenforderung darstellt. Darnach ist der Streitwert in solchen Fällen zu bestimmen unter Ausschaltung der Kosten des angehobenen Prozesses [2]).

2) Für die Wertberechnung kommen neben dem in der erhobenen Klage geltend gemachten Hauptanspruch auch Nebenforderungen (Art. 28) in Betracht, die zur Hauptforderung hinzugerechnet werden können; wogegen laufende Zinsen und die Kosten des angehobenen Prozesses unberücksichtigt bleiben. Bei selbständiger Geltendmachung einer Regreßklage können dagegen die Kosten des früheren, abgeurteilten Prozesses miteingerechnet werden. Es ist dabei von nebensächlicher Bedeutung, ob der Betrag der Nebenforderungen den Hauptanspruch übersteigt; juristisch entscheidend ist, daß sie mit dem Hauptanspruch, also als etwas mit diesem Zusammenhängendes, gefordert werden können.

3) Bei einer Streitgenossenschaft, und ebenso in den Fällen der subjektiven oder objektiven Klagehäufung wird die Zuständigkeit eines Gerichtes und die Zulässigkeit der Rechtsmittel durch den Gesamtbetrag der streitigen Ansprüche bestimmt (Art. 37). Bei der subjektiven Klagenkummulation werden die

---

[2]) Unter diesen sind nicht nur die seit dem Vermittlungsvorstande erwachsenen Kosten zu verstehen, da diese im Momente der Klageanhebung noch gar nicht ziffernmäßig festgestellt sind, sondern auch die Kosten eines allfällig vorangegangenen, zur Durchführung der in concreto eingeklagten Forderung ergangenen Verfahrens, z. B Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten, gerichtliche und außergerichtliche Kosten der Partei und des Vertreters und dergl.

von den Streitgenossen geforderten bezw. geschuldete Streitwerte, bei der objektiven Klagenkummulation dagegen die verschiedenen Ansprüche, welche der Kläger von demselben Beklagten fordert, zusammengezählt. Das KG (1915/4) hat diese Auffassung ebenfalls bestätigt; es lehnte die Ansicht „daß bei Geltendmachung verschiedener Ansprüche in einer Klage, deren Weiterziehbarkeit nach dem Streitwert der einzelnen Ansprüche zu beurteilen seien", ab, „weil sie zu ganz unhaltbaren Konsequenzen führen müßte. Für die verschiedenen Ansprüche der gleichen Klage bestünde dann unter Umständen ein ganz verschiedener Instanzenzug und der durch die Klagenhäufung angestrebte Zweck der Verbindung der verschiedenen Ansprüche würde wieder vereitelt." Art. 37 bestimmt deutlich, daß in den Fällen der subjektiven und objektiven Klagenhäufung die Zuständigkeit durch den Gesamtbetrag der streitigen Ansprüche bestimmt wird.

4) Bei periodischen Leistungen[3]) ist, wenn nicht bloß einzelne Leistungen, sondern eine Leistungspflicht überhaupt im Streite liegt, der mutmassliche Kapitalwert derselben als Streitwert anzunehmen, wobei dieser nach den Grundsätzen über die Ermittlung des Streitwertes in Fällen, wo über den Wert des Streitgegenstandes ein Widerspruch herrscht, bestimmt wird. Es ist dabei gleichgültig, ob das Recht auf personen- oder vermögensrechtlichem, dinglichem oder obligatorischem Rechtsverhältnis beruht, ob z. B. Alimentation auf Grund des elterlichen Verhältnisses oder aus sonstigem Verpflichtungsgrund, Anspruch auf Grund einer Reallast und dergl. verfolgt wird. Immer muss die Voraussetzung die sein, dass nicht eine bestimmte rückständige Zahlung, sondern das Recht an sich die Quelle zukünftiger Rechtsansprüche ist; denn in jenem Falle wäre die geforderte Summe schlechthin Streitgegenstand. Materiellrechtliche Reflexwirkungen, die ein Urteil im Gefolge haben kann, vermögen auf die Bestimmung des Streitwertes, wie derselbe zu Prozessbeginn zu fixieren ist, keinen Einfluss auszuüben. Der mögliche Effekt eines Urteils ist kein Mittel zur Feststellung des Streitwertes gemäss Art. 36.

5) Lautet die Klage nicht unmittelbar auf einen bestimmten Geldeswert, so gilt derjenige Wertbetrag als streitig, den der Streitgegenstand durch übereinstimmende Wertung der Parteien

[3]) Z. B. alljährlich verfallende Nutzniessungsansprüche.

zugesprochen erhält. Art. 41 Abs. 1 bestimmt, dass für den Fall, wo zwischen den Parteien über den Wert des Streitgegenstandes ein die sachliche Zuständigkeit betreffender Widerspruch waltet, derselbe festzustellen sei:

a) In denjenigen Fällen, welche ohne Vermittlungsverfahren direkt an das Gericht geleitet werden, durch den Gerichtspräsidenten, auf möglichst summarischem Wege nach freiem richterlichen Ermessen.

b) In denjenigen Fällen, welche dem ordentlichen Verfahren unterworfen sind, und beim Vermittler (als Sühnebeamter) anhängig gemacht werden müssten, durch den Vermittler unter Vorbehalt des Rekurses an den Gerichtspräsidenten. Hier lässt die gesetzliche Fassung an Deutlichkeit zu wünschen übrig, indem sie nicht bestimmt, wann der Rekurs geltend zu machen ist. Die kantonsgerichtliche Praxis (1914/16) hat die Frage dahin entschieden, dass „das Rechtsmittel des Rekurses nach Art. 41 Ziff. 1 gegen die vermittleramtliche Wertung der Streitsache..... von dem Rekurrenten in dem Zeitpunkt geltend zu machen ist, an der er von dieser Wertung Kenntnis erhält." Die Absicht des Gesetzgebers geht dahin, dass die Festsetzung des Streitwertes v o r der gerichtlichen Durchführung des Prozesses geregelt werde.

Die Frage ist nun die, ob sich hier nicht eine einheitliche Regelung [4]) treffen liesse in dem Sinne, dass der angerufene Richter [5]) darüber entscheidet und event. die Anhandnahme des Rechtsstreites verweigern, oder wenn er sich bereits darauf eingelassen hat, die Parteien mit einer Ordnungsbusse belegen kann [6]). Den Parteien sollte gegen diesen Entscheid andererseits die Nichtigkeitsbeschwerde gegeben werden. Das g. R. hat dem Vermittler die Ausstellung des Leitscheines (Art. 138), auf Grund dessen der Rechtsstreit beim zuständigen Gericht anhängig gemacht werden kann, zugeschrieben und ihm deshalb obige Kompetenz eingeräumt. Die Entscheidung über die Höhe des Streitbetrages kann unter Umständen von grosser Bedeu-

[4]) Wie sie z. B. der Kanton Thurgau hat; Art. 53 Abs. 2.

[5]) d. h. die Gerichtsinstanz, bei welcher der Prozess anhängig ist.

[6]) Unter Einlassung des Gerichts auf den Rechtsstreit würden wir die Eröffnung der Hauptverhandlung verstehen.

tung sein [7]), weshalb uns der Vermittler, besonders auf der Lande, wo derselbe meist Laie ist, nicht als die berufene Instanz hiefür erscheint.

§ 5.

Der Gerichtsstand.

Der Schutz des Rechtsbestandes ist das Ziel des Rechtsstaates geworden. Ihm dienen die in den vorangehenden Erörtungen dargestellten Einrichtungen. Je weiter der Aufgabenkreis des Staates wird, umso grösser wird naturgemäss die Zahl seiner Institute. Auf dem Gebiete des Zivilprozessrechtes kann sich der Staat nicht darauf beschränken, kraft seiner obrigkeitlichen Gewalt die Einrichtungen und deren Funktionen zu umschreiben; seine Befugnisse erstrecken sich darüber hinaus auf die Normierung der von diesen einzuhaltenden Normen, der Reihenfolge der rechtmässigen und rechtlich begründenden Handlungen auf den Prozessgang. In ihrem gleichmässigen, zwingenden Einfluss auf Richter und Parteien offenbart sich die Gesetzmässigkeit des Rechtslebens im Bereiche des Zivilprozesses. Bei der Untersuchung auf Klarstellung und sichere Formulierung treten uns zwei Arten von Rechtsgebrauch, zwei verschiedene Kausalitäten zur Verfolgung und Erreichung des Rechtszweckes gegenüber; rechtliche Satzung und konventionelle Regel.

Die Bestimmungen, die die st. gallische Zivilprozessgesetzgebung aufgestellt hat, erstrecken ihren Geltungsbereich auf diejenigen Gebiete, wo Bundesgesetzgebung oder Staatsverträge oder die Grundsätze der Territorialität nicht abweichende Normen sanktioniert haben. Die Artikel 44 bis 58 des st. gallischen ZP regeln die territorial zuständigen Gerichte in den einzelnen Rechtsfällen. Nach diesen kann für die Begründung eines Gerichtsstandes massgebend sein: Die Beziehung der Person, ge-

[7]) Es ist dabei rechtlich nicht von Bedeutung, ob die Werttaxation z. B. auf Fr. 140.— oder auf Fr. 195.— lautet; beide beeinflussen die sachliche Zuständigkeit nicht; denn in diesem wie in jenem Falle ist die Gerichtskommission zuständig. Weit schwieriger und bedeutungsvoller gestaltet sich die Sachlage, wenn die Wertbemessung innerhalb der Grenzen, z. B. von Fr. 180.— und Fr. 220.— schwankt; für den erstern Fall ist ebenfalls die Gerichtskommission, für den letztern das Bezirksgericht (unter Vorbehalt der Nichtigkeitsbeschwerde an die RK) zuständig. In solchen Fällen des Zweifels hat der Vermittler, bezw. der Gerichtspräsident immer für die höhere Instanz zu entscheiden

wöhnlich des Beklagten, zu einem Gerichtsbezirk, oder die Berücksichtigung des tatsächlichen Gesichtspunktes, soweit es sich um Grundstücke handelt. Des fernern nimmt der Gesetzgeber eine Differenzierung in dem Sinne vor, dass er unterscheidet zwischen allgemeinen Gerichtsständen, welche aus allgemeinen Rücksichten für alle Prozesse aufgestellt werden, und besondern Gerichtsständen, die nur für besondere Prozesse bestimmt werden; der spezielle Gerichtsstand berücksichtigt die Gestaltung, die Natur des Streitgegenstandes, z. B. der gelegenen Sache bei Eigentumsstreitigkeiten bezüglich Grund und Boden.

A. Allgemeine Gerichtsstände.

1. Der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten.

Der allgemeine Gerichtsstand wird in der Regel durch den Wohnsitz des Beklagten bestimmt. Der Gerichtsstand des Wohnortes wird im g. R. zur lex generalis; er muss respektiert werden, wenn nicht die Voraussetzungen eines ausnahmsweisen Gerichtsstandes zweifellos zutreffen. Für den Zweifelsfall soll immer zugunsten des Gerichtsstandes des Wohnortes entschieden werden. Der Gesetzgeber hat es allerdings unterlassen, den Begriff des Wohnortes zu definieren; es ist daher dispositiv der Wohnsitz des ZGB. Art. 23 darunter zu verstehen. Das ist vor allem für die unselbständigen Personen von Wichtigkeit: die Ehefrau (Art. 146 ff. ZGB.), Kinder unter elterlicher Gewalt (Art. 273 ff. ZGB.), Bevormundete (Art. 360 ff.), juristische Personen (Art. 56 ZGB.).

Das Gesetz hat vom Gerichtsstand des Wohnortes eine Ausnahme geschaffen, indem es (Art. 44 Abs. 2) bestimmt, dass „diejenigen Klagen, welche an einen besonderen Gerichtsstand gebracht werden müssen oder nach Wahl des Klägers gebracht werden können", vorbehalten bleiben. Die Art. 45/48 handeln vom „wählbaren" Gerichtsstand, die dem Kläger die Wahl lassen, seine Klage bei dem genannten Richter oder am ordentlichen Gerichtsstand (Art. 44) anhängig zu machen. Dieses Wahlrecht gilt intrakantonal, d. h. gegenüber einem im Kanton St. Gallen wohnenden Beklagten schlechthin, interkantonal dagegen nur unter Vorbehalt des Art. 59 BV.

Art. 45 Ziff. 1 berücksichtigt die Möglichkeit, dass d
Schuldner einen gesetzlichen Vertreter hat und bestimmt, f
diesen Fall, dass die Klage am Wohnsitze des Letztern anzuheb
ist. Da der st. gallische ZP keine weitern, ergänzenden B
stimmungen, wie z. B. das zürcherische Rechtspflegegesetz
aufgestellt hat, ist dieser Norm die Stellung zwingenden Rech
beizumessen. Der Gesetzgeber hat diese Bestimmung gen
dem Charakter von Art. 59 BV. und Art. 25 ZGB. angepas
währenddem Sträuli[2]) in richtiger Erkenntnis der Sachlage u
der juristischen Bedeutung der Bestimmung des Art. 2 Ziff.
des zürcherischen Rechtspflegegesetzes gesagt hat, dass „d
Rechtsbeständigkeit der Bestimmung interkantonal zweifelha
ist" und diese Ansicht auf die oben zitierten Bestimmung
der BV. und des ZGB. gestützt hat.

Aus Geschäften einer Zweigniederlassung entstehende Frage
welche auf diesen Geschäftsbetrieb Bezug haben, können na
Art. 45 Ziff. 4 „auch beim Gerichte desjenigen Ortes ang
hoben werden, wo sich diese Geschäftsniederlassung befinde
Das besagt, dass dieser Gerichtsstand ein wählbarer zwische
demjenigen der Hauptniederlassung und der Zweigniederlassu
ist. Nach der Praxis des Bundesgerichtes (BGE 30 I 50, S. 29
50 I 60, S. 386) gilt der Gerichtsstand des Geschäftsbetrieb
nur für „Forderungen" und „Verbindlichkeiten", die mit d
Geschäftsniederlassung in Zusammenhang stehen, wobei ande
Leistungen obligationenrechtlicher Natur (z. B. auf Lieferung d
Kaufgegenstandes) zu verstehen sind. Da dem Entstehung
grund keine prozessuale Bedeutung beizumessen ist, gilt d
besondere Gerichtsstand auch für Forderungen, die nicht a
einem Vertrag beruhen (Geschäftsführung ohne Auftrag, ung
rechtfertigte Bereicherung, widerrechtliche Handlung, etc.) D
besondere Gerichtsstand will offenbar auch hierauf Anwendu
finden, trotzdem die Fassung „welche auf diesen Geschäftsb
trieb Bezug haben" die Annahme nahe legen könnte, der G
setzgeber habe vorab an Klagen aus Verträgen gedacht. F

---

[1]) Art. 2 Ziff. 2 bestimmt, daß „lebende Personen, die unter elterlich
Gewalt oder Vormundschaft stehen" und zwar nicht am Wohnsit
des Inhabers der elterlichen Gewalt oder der Vormundschaftsbehör
leben, „auch an ihrem Aufenthaltsorte für Verpflichtungen, welche
an diesem eingegangen haben, oder welche an diesem zu erfüllen sind
belangt werden können.

[2]) Anm. 8 Ziff. 2 zu Art. 2.

eine so beschränkte Geltung dieser Gerichtsstandbestimmung ist aber kein Grund ersichtlich [3]).

Wenn eine Klage gegen mehrere Personen gemeinsam eingereicht wird, so ist sie dort anzubringen, wo die Mehrzahl der Beteiligten ihren Wohnsitz, d. h. Gerichtsstand hat; wenn sie an verschiedenen Orten in gleicher Zahl wohnhaft sind, so überlässt der Gesetzgeber dem Kläger die Wahl hinsichtlich des Ortes der Klageanbringung. Das ist eine Folge des materiellrechtlichen Verhältnisses, in dem die Streitgenossen stehen, und der Regelung der Streitgenossenschaft im Gesetze. Die Voraussetzung ist die, dass sich die Klage gegenüber allen Beklagten auf den gleichen Tatbestand und auf die gleichen Rechtsgründe stütze (Art. 60). Blosse Ähnlichkeit genügt nicht, ebensowenig der gleiche Tatbestand, wenn daraus verschiedene Rechtsansprüche hergeleitet werden. Wohl aber kann die Klagesumme verschieden sein. Es ist eine aus der Befugnis der Kantone zur Ausübung der Rechtssprechung auf ihrem Gebiete hervorgehende Selbstverständlichkeit, dass die Gemeinsamkeit des Gerichtsstandes nur dann möglich ist, wenn sämtliche Beklagten der st. gallischen Gerichtsbarkeit unterworfen sind — ausgenommen derFall, wo sich die ausserhalb des Kantons wohnenden Beklagten mit dem im Kanton St. Gallen angerufenen Gerichte, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, einverstanden erklären —, da die ausserhalb des Kantons Wohnenden an ihrem Wohnsitze belangt werden müssen, weil Art. 47 nur innerhalb der Kantonsgrenzen Gültigkeit hat.

2. Der Gerichtsstand der Widerklage.

Mit der Behandlung der Materie „Gerichtsstand der Widerklage" stösst der Zivilprozess auf ein die besonderen sachlichen Gerichtsstände verlassendes Gebiet und wendet seine Aufmerksamkeit prozessualischen Momenten zu, welche im einzelnen Falle den Gerichtsstand zu begründen geeignet sind.

---

[3]) Sträuli Art. 2, Anm. 13.
Böckli, Art. 5, Anm. 5.
Anderer Ansicht ist Planck, der ausführt, daß die Praxis (die deutsche) „als Zweigniederlassung eine von der Hauptniederlassung verschiedene Organisation" bezeichnet, „die dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptniederlassung durch selbständige Tätigkeit dient". Er leitet daraus ab, daß Niederlassungen und Agenturen demnach nicht dem Begriffe der Zweigniederlassung unterzuordnen sind, da sie nicht selbständig aktiv sind.

Der st. gallische ZP regelt den Gerichtsstand der Wid
klage in dem Sinne, dass als solcher der Gerrichtsstand
Vorklage angerufen werden kann (Art. 54, sofern für die Le
tere nicht ein besonderes Verfahren oder ein besonderer
richtsstand vorgeschrieben ist[4]). Dieser Bestimmung liegt
Gedanke zu Grunde, dass die Erledigung von Anspruch u
Gegenanspruch in einem Verfahren in der Regel eine rasch
und billigere Verfolgung des Rechtsschutzes ermöglicht, als
prozessual getrennte Geltendmachung dieser Ansprüche;
soll auch der gleiche Vollzug, event. im Wege der Verrechnu
ermöglicht werden. Interkantonalrechtlich hält diese Gerich
bestimmung vor Art. 59 BV nur dann stand, wenn Klage u
Widerklage konnex sind, d. h. wenn zwischen Entstehungsgru
der Klage und Widerklage ein innerer Zusammenhang beste
Die Konnexität von Klage und Widerklage gründet sich a
prozessualischen Tatbeständen, die eine die Kompetenz b
gründende Wirkung ausüben. „Wo man Recht fordert, da s
man auch Recht geben" [5]).

Der Kompetenzgrund ist die Rechtshängigke
der Vorklage, d. h. die Existenz der Klage gegen denjenige
welcher widerklagen will. Kompetenzbegründend ist also nic
die Klage an und für sich, sondern die durch sie herbeigeführ
Rechtshängigkeit. Im Gegensatz zu anderen Prozessrecht
wird im Kanton St. Gallen der Gerichsstand für Klage u
Widerklage nicht erst durch die Rechtshängigkeit der Kla
beim ordentlichen Gerichte, sondern nach den unzweide
tigen Bestimmungen der Art. 54, 55 und 336 bereits mit d
Bestellung der Vorladung vor Vermittleramt begründet und blei
bestehen, bis Klage und Widerklage prozessual erledigt sin
Der Kläger übernimmt nämlich mit dem Begehren um Anor
nung eines Vermittlungsvorstandes vom Moment der Bestellu
der vermittleramtlichen Vorladung an das Risiko, dass geg
ihn an einem andern Orte ein klagbarer Anspruch gelte
gemacht wird, soweit dafür nicht ein besonderer Gerich
stand und ein besonderes Verfahren vorbehalten ist. De

---

[4]) Diese Bestimmung muß in diesem Zusammenhange in dem Sinne aus
legt werden, daß die Widerklage im Anschluß an die Vorklage an
bracht werden kann. Es ist selbstverständlich, daß der Beklagte se
Gegenklage auch in einer von der Vorklage unabhängigen Klage
somit auch bei einem andern Gerichte anbringen kann.

[5]) Wach S. 475.

halb, und in Übereinstimmung mit der Praxis der RK (1907/34) ändert der Rückzug der Klage nach Bestellung der Vermittleramtsvorladung daran nichts. Der Vermittler hat in diesem Falle, wo der Klagerückzug vor oder am Vermittlungsvorstande erfolgt, lediglich davon im Protokolle sachentsprechend Vormerkung zu nehmen und im Übrigen die Parteien in der Rechtsstellung aufzuführen, in welcher sie bei Erlass der Vorladungen zum Vermittlungsvorstande aufgeführt waren.

An dem begründeten Gerichtsstand der Widerklage kann jeder Gegenanspruch des Beklagten gegen den Kläger eingeklagt werden. Wir sehen darin eine zu weitgehende Lösung dieses Problems, und stellen uns auf den Boden der deutschrechtlichen Doktrin, nach welcher ein Gegenanspruch nur dann am Gerichtsstand der Vorklage geltend gemacht werden kann, wenn er mit dieser in Zusammenhang steht; dabei soll nicht derselbe Rechtsgrund das Kausale sein. Aber ein rechtlicher Zusammenhang sollte in dem Sinne erforderlich sein, dass ein für die richterliche Beurteilung erheblicher Umstand sowohl der Begründung des Anspruches, als auch des Gegenanspruches gemeinsam ist; denn das Motiv des Gerichtsstandes der Widerklage bildet die Ersparung von Zeit-, Mühe und Kostenaufwand durch die bloss einmalige Untersuchung und Feststellung des gemeinsamen Umstandes zur Verwendung für die Entscheidung von Vor- und Widerklage.

3. Der Gerichtsstand des Sachzusammenhanges.

Der Lehrsatz der alten gemeinrechtlichen Theorie, dass die Zuständigkeit des Gerichts auf alle mit dem bei ihm anhängigen Rechtstreitigkeiten materiell konnexen Sachen erstreckt werde, ist zum Teil auch in die st. gallische Zivilrechtspflege übernommen worden (Art. 61). Es liegt ihr der aus Gründen der Zweckmässigkeit ausgesprochene Gedanke zu Grunde, dass Zusammengehöriges nicht getrennt werden solle, d. h. dass gewisse zusammengehörige Prozesse, deren Trennung Unannehmlichkeiten befürchten, deren Verbindung aber Vorteile erwarten lässt, möglichst vor ein und demselben Gericht behandelt werden sollten. Dadurch wird nicht etwa eine neue Zuständigkeit begründet; der Gedanke setzt vielmehr die Zuständigkeit derselben für sämtliche zu verbindende Prozesse voraus. Der ZP hat die Überweisung gewisser Prozesse an ein an und für sich nicht zu-

ständiges Gericht wegen des inneren Zusammenhanges einem diesem Gerichte zugewiesenen Rechtsstreite gereg Immerhin ist durch diese besonderen Fälle des Gericl stands des Sachzusammenhanges nicht etwa ein allgemei Gerichtstand des Sachzusammenhanges begründet worden.

a) Deservitenstreitigkeiten.

Über streitige Forderungen der Anwälte und Rechtsagen entscheidet diejenige richterliche Behörde, welche die Str sache, aus der eine konkrete Forderung resultiert, letztinsta lich beurteilt hat (Art. 248). Sie eignet sich deshalb am bes zur Entscheidung solcher Streitsachen, weil sie die Bemühung des Anwaltes bezw. Rechtsagenten aus der gerichtlichen V handlung resp. dem Vorverfahren kennt. Die Klagen, die sonstiger Anwaltstätigkeit beruhen, können hingegen nicht diesem Gerichte anhängig gemacht werden.

b) Die Hauptintervention.

Aus der Befugnis des Richters zur Erledigung der nur ein Teil der Hauptsache bildenden accessorischen Intervention f gerte der Gesetzgeber die weitere Befugnis zur Entscheidu der Hauptintervention und bildete daraus den Gerichtsstand d Letzteren (Art. 65). Die Hauptintervention ist nur vor rech kräftiger Entscheidung zulässig. Für die Hauptintervention z ständig ist das Gericht, vor welchem der Rechtsstreit über d vom Hauptintervenienten für sich beanspruchten Gegensta erstinstanzlich anhängig gemacht wurde, auch wenn der Hau prozess im Wege der Berufung vor zweiter Instanz anhängig Das Gericht, bei dem der Hauptprozess anhängig ist, ka nach freiem Ermessen entweder den Hauptprozess bis zur rech kräftigen Entscheidung sistieren, oder beide Prozesse vereinig Wenn der Hauptprozess auf dem Wege der Berufung ans gezogen worden ist, so hätte nur dieses ein Recht zu ei solchen Schlussnahme.

c) Die Provokation zur Klage.

Die Aufforderung zur Klage, in der eine Prozesspartei hauptet, Rechtsansprüche gegen die andere zu besitzen, die di nicht anerkennt, ist bei demjenigen Vermittleramte anzubring wo die Hauptklage selbst, deren Anhebung durch die Provo tion bezweckt wird, angebracht werden müssste (Art. 260).

d) Die Schadenersatzklage im Urteilsvollzug.

Sofern die Erfüllung einer persönlichen Leistung oder die Herausgabe einer beweglichen Sache nicht erzwingbar ist, kann der Berechtigte die Entschädigung auf dem Wege der Schuldbetreibung anfordern. Sofern Rechtsvorschlag gegen den Betrag des geforderten Ersatzes erfolgt, ist der Berechtigte befugt, ohne neuen Vermittlungsvorstand den Gegenstand zum Entscheid unmittelbar an das gleiche Gericht zu bringen, welches das zu vollziehende Urteil ausgefällt hat. Dies auch dann, wenn der Verurteilte nach der Einleitung des ursprünglichen Prozesses sein Domizil in einem anderen Gerichtsbezirk des Kanton St. Gallen oder in einem anderen Kanton bezw. im Auslande genommen hat.

B. Spezielle Gerichtsstände.

1. Gerichtsstand der gelegenen Sache.

Das Kompetenzkriterium ist die Lage des unbeweglichen Streitgegenstandes im Gerichtsbezirk; sie ist für den Gerichtsstand bestimmend. Der st. gallische ZP (Art. 48) hat den Begriff der „gelegenen Sache" nicht streng formell behandelt und eine Erweiterung durch Ausdehnung desselben auf Rechte, die mit dem Grundstück in Zweckbeziehung stehen, gestattet. Der exklusive Gerichtsstand des st. gallischen ZP umfasst alle Klagen, welche das Eigentum, den Besitz, Pfand und andere Lasten an unbeweglichen Sachen geltend machen, sowie Klagen über die Abtretung von Grundeigentum oder über Auslösung von Grundbeschwerden, und über die für eine solche Abtretung oder Auslösung zu leistende Entschädigung, die vor dem Forum zu behandeln sind, wo die unbewegliche Sache oder der dem Werte nach grössere Teil derselben sich befindet. Unter „Besitz" ist nicht nur die dingliche Berechtigung zu verstehen, also beispielsweise die eingetragene Dienstbarkeit, sondern auch die auf blosser obligationenrechtlicher Grundlage beruhende tatsächliche Gewalt über ein Grundstück wie bei Miete und Pacht(vergl. Art. 919 ZGB.). Da für Streitigkeiten hierüber, sowie für Besitzesschutzmaßnahmen und dergl. (vgl. Art. 937 ZGB.) der Richter am Orte der gelegenen Sache zuständig ist[6]), sehen

[6]) Art. 59 BV steht dem nicht im Wege (vgl. Burckhardt S. 610).

wir darin eine Erweiterung des „Gerichtsstandes der gelegen Sache", worauf wir denn auch unsere Behauptung, er sei v Gesetzgeber nicht rein formell behandelt worden [7]), begründet

Der Gerichtsstand der gelegenen Sache ist rein sachlich Natur, denn er ergreift das Rechtsverhältnis unmittelbar, oh Rücksicht auf die übrigen Rechtsverhältnisse der Parteien u insbesonders ohne Rücksicht auf deren Wohnsitz. Das Recht verhältnis ist konzentriert auf die gelegene Sache, durch der Lage es einer territorial bestimmten Gerichtsgewalt unterwor wird; er ist ein ausschliesslicher. Das Gesetz sagt, die betre fenden Streitigkeiten „sind da zu behandeln, wo die unbewe liche Sache ..... sich befindet". Diese Auffassung stimmt au mit der allgemeinen Zivilprozessrechtsdoktrin überein u ist heute unbestritten. Davon, wer Partei sei, ist der Gericht stand nicht abhängig. Da dingliche Rechte und somit auch Se vituten gegen Dritte, nicht nur zwischen Eigentümer und Serv tutberechtigten, rechtlich geltend gemacht werden können, i auch eine Feststellung dieser Rechte gegenüber Dritten möglic und sind in dieser Hinsicht die gleichen Grundsätze über de Gerichtsstand anzuwenden.

Das Gesetz spricht schlechthin von Dienstbarkeitstreitig keiten, unterscheidet nicht zwischen Personal- und Grunddiens barkeiten, bestimmt also für beide den gleichen Gerichtsstan Für die Kompetenz ist massgebend der Ort der dienende Sache. Im ZP ist dies zwar nicht ausdrücklich ausgesproche aber es ist als selbstverständlich vorauszusetzen, und auc durch die Praxis des KG (1906/4) bestätigt worden. Die gleic mässige Bestimmung des besonderen Gerichtsstandes für Streitig keiten über Dienstbarkeiten, Pfand- und anderen Lasten wei darauf hin, dass nur der Ort der dienenden, belasteten Sach für die Kompetenz massgebend sein kann [8]).

---

[7]) Wie z. B. die DZPO.

[8]) Auch die ausserkantonale Rechtssprechung vertritt in Übereinstimmu mit der Theorie des gemeinen Zivilprozessrechtes die gleiche Auffa sung, so z. B. die Zürch. Praxis (vergl. Sträuli Kom. Art. 23 Anm. Der Grundgedanke des Spezialgerichtsstandes der gelegenen Sache hi sichtlich Streitigkeiten über Rechte an Immobilien, beruht eben dara dass nach alter deutschrechtlicher Auffassung die Grundstücke ein so integrierenden Bestandteil der sie umschliessenden Gerichtsbezir bilden, dass ein fremdes Gericht über sie gar nicht urteilen sollte.

Der ordentliche Richter hat im Streitfalle diese örtliche Zuständigkeitsfrage zu entscheiden: nur wenn letztere nicht streitig ist, sondern es sich bloß um Ermittlung des Streitwertes des „größern Teiles" handelt, würden die ordentlichen Bestimmungen über die Streitwertermittlung auch hier analoge Anwendung finden. Der ausnahmsweise Gerichtsstand der gelegenen Sache darf nur für die im Gesetze ausdrücklich aufgeführten Streitsachen, und nicht extensiv auch für andere Streitsachen als begründet erklärt werden. Der Gerichtsstand der gelegenen Sache besteht also nur für bestimmte Klagen, gleichviel, ob sie auf Verurteilung oder auf positive oder negative Feststellung lauten und ob die Klage eine dingliche oder eine persönliche ist; der ZP hat, gerade um die vieldeutige Bezeichnung „dingliche" zu vermeiden, den Gegenstand der Klage zum Kriterium gemacht.

Das Gesetz spricht von „Streitigkeiten über Eigentum an unbeweglichen Sachen" (Art. 48). Klagen, durch welche das Eigentum geltend gemacht wird, gründen sich auf der Behauptung eines bestehenden Eigentums, im Gegensatz zu denjenigen, welche auf Gewährung des Eigentums gerichtet sind, z. B. aus einem Vertrage. Geltendmachung des Eigentums im eigentlichen Sinne erfolgt dann, wenn es Klagegegenstand in dem Sinne bildet, dass darüber rechtskräftig entschieden wird. Damit ist aber weder dem praktischen Bedürfnisse, noch der Absicht des Gesetzes genügt. Denn es gibt Klagen, bei denen das Eigentum den wesentlichen Klagegrund bildet, ohne dass doch rechtskräftig darüber entschieden würde. Dahin gehörten namentlich die Klagen auf Herausgabe der Sache, die nur einen bestimmten, aus dem Eigentum als Grundverhältnis abgeleiteten Anspruch geltend machen, sowie die negatorische Klage wegen Störung des Eigentums. Daher muss man in freier Auffassung des Wortlautes des Gesetzes unter „Streitigkeiten über Eigentum an unbeweglichen Sachen" auch die Geltendmachung solcher Ansprüche verstehen, die sich auf das Eigentum als solches stützen, die dem Eigentum entspringen und seiner Durchsetzung dienen, bei denen also den Klagegrund nur das Eigentum und seine Störung oder Gefährdung bilden. Daher fallen unter diese Bestimmung ausser den beiden genannten Klagen auch die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Berechtigung und die Abwehr unzulässiger Einwirkungen. Die Erbschaftklage (Art. 598 ff ZGB.)

dagegen macht nicht das Eigentum an unbeweglichen Sach
als solches geltend; sie hat den Nachlaß oder einen Teil dav
als Gesamtheit zum Gegenstande und gehört daher au
dann nicht in den Gerichtsstand des Art. 48, wenn der Nac
laß nur aus dem Grundstücke bestehen sollte.

Der Kreis der dinglichen, d. h. gegen jeden Dritten, insb
sonders gegen jeden Erwerber der Sache wirksamen Bela
tungen ist im ZGB. auf bestimmte Formen beschränkt. Es sir
dies: Die Nutzniessung Art. 745, die Grunddienstbarkeite
Art. 781, Vorkaufsrecht Art. 681, 682, 959, OR. Art. 21
Zweifelhaft ist, ob durch die Eintragung einer Vormerkung zu
Sicherung eines persönlichen Anspruches auf Einräumur
eines Rechts eine dingliche Belastung des Grundstückes be
gründet wird; denn während auf der einen Seite durch d
Vormerkung der zu sichernde Anspruch sich durch die Ein
tragung der letztern noch nicht in ein dingliches Recht a
Grundstücke verwandelt, sondern persönlicher Anspruch bleib
wirkt doch andererseits die Eintragung der Vormerkung a
solche gegen jeden Dritten, sodass man wohl sagen kann, das
das Grundstück mit der Vormerkung dinglich belastet ist. Wir
also durch die Klage der Anspruch selbst mit dem Ziele de
endgültigen Eintragung gegen den persönlich Verpflichteten e
hoben, so ist nicht der Gerichtsstand der gelegenen Sache a
zurufen; wird dagegen die dingliche Wirkung der Vormerkun
Dritten gegenüber geltend gemacht, so gehört die Klag
auf Zustimmung zur Eintragung oder Löschung an den Gerichts
stand der gelegenen Sache. Dasselbe gilt von der Klage, durc
die ein Veräusserungsverbot soweit es dingliche Wirksam
keit hat, gegen Dritte geltend gemacht wird.

Klagen, mit denen die Freiheit von einer dingliche
Belastung geltend gemacht wird, sind zunächst diejenige
welche die Belastung gerichtilch verneint haben wollen, als
die auf Unterlassung gerichtete Verurteilungsklage, die negativ
Feststellungsklage, sowie die auf das Nichtbestehen begründe
Klage auf Berichtigung des Grundbuches durch Lösch
ung der dinglichen Belastung. Es gehören hierher aber auc
die Klagen, die die Befreiung des Grundstückes von ein
Belastung erstreben, auch wenn der Anspruch auf Befreiu
lediglich ein schuldrechtlicher ist, wie z. B. in den Fällen d
Anfechtung der Hypothek. Wesentlich ist, dass der Klagea
trag auf Bewilligung der Löschung gerichtet und der Beklag

Inhaber der dinglichen Belastung ist. Eine nicht gegen den Inhaber der Belastung gerichtete Klage, durch die eine persönliche Verpflichtung zur Beseitigung einer Belastung geltend gemacht wird, ist vom Gerichtsstand der gelegenen Sache ausgeschlossen.

Bei Grunddienstbarkeiten und Vorkaufsrechten, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, bestimmt bei allen Klageformen das belastete Grundstück den Gerichtsstand.

Bei Besitzesklagen ist der Klagegrund der gegenwärtige oder frühere Besitz, Klage wegen Entziehung des Besitzes (Art. 927 ZGB.) und wegen Störung des Besitzes (Art. 928 ZGB.); gleichviel, ob sie vom unmittelbaren oder vom mittelbaren Besitzer erhoben werden. Maßgebend ist dabei die Lage des entzogenen oder von der Störung betroffenen Grundstückes. Dagegen gehören nicht hierher die Klagen auf Einräumung des Besitzes, z. B. auf Grund der Miete, der Pacht, des Kaufes, insbesonders auch nicht der Anspruch des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer; wohl aber der Besitzesschutz der Grunddienstbarkeiten, da er sich auf den Besitz des Grundstückes gründet.

Der Gerichtsstand der gelegenen Sache ist ein ausschließlicher; diese Eigenschaft hat die negative Bedeutung, dass die nach Art. 48 in den Gerichtsstand der gelegenen Sache gewiesenen Streitigkeiten in keinem andern behandelt werden dürfen. Das bedeutet nicht, dass der Gerichtsstand der gelegenen Sache auf die in Art. 48 aufgeführten Klagen notwendig beschränkt sei; der Gerichtsstand ist erweiterungs- und kombinationsfähig. Alle die prozessualischen Momente, welche kompetenzbegründend wirken, äussern diese Kraft auch im Prozess beim Gerichtsstand der gelegenen Sache: Es entsteht die Kompetenz für die Widerklage, für im Zusammenhang mit dem Rechtsstreit entstehende Klagen. Es kann durch Vereinbarung das Gericht der gelegenen Sache wie irgend ein Gericht zuständig gemacht werden.

2. Der Gerichtsstand der Erbschaft.

„Ein Zwittergebilde, stehend zwischen den Gerichtsständen der vermögensrechtlichen Klagen, den persönlichen Gerichtsständen überhaupt und den sachlichen, ist der Gerichtsstand der Erbschaft" [9]). Er umfaßt alle Streitigkeiten über Erb-

[9]) Wach, S. 429.

schaften, Erbverträge und Vermächtnisse, sowie alle Klag
der Erbschaftsgläubiger gegen die Masse (Art. 49). Er ist b
gründet am letzten allgemeinen Gerichtsstand des Erblasser
d. h. am Wohnsitz desselben, mit der Besonderheit, dass
für die Klagen der Erbschaftsgläubiger gegen die Masse n
besteht, solange der Nachlaß noch ungeteilt ist; nach d
Teilung haben die Erbschaftsgläubiger ihre Klagen gegen d
einzelnen Erben geltend zu machen. Für den Fall, dass d
Erblasser in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hatte, d
gegen Vermögensobjekte sich auf dem Gebiete des Kanto
befinden, können die obenerwähnten Klagen da anhängig g
macht werden, wo diese Vermögensobjekte ganz oder zu
grösseren Teil sich befinden.

Man kann den Gerichtsstand in seiner Richtung auf di
erbrechtlichen Klagen im weitern Sinne einen sachlichen nenne
denn das Vermögen des Erblassers wird in seiner Totalität a
allgemeinen Gerichtsstand desselben prozessualisch lokalisie
gedacht werden können: Es rechtfertigt sich daher, hier di
Klagen miteinzubeziehen, welche die Regulierung der Erbscha
betreffen. Der Gerichtsstand ist nicht ein persönlicher de
Erben; es gehören hierzu die Klagen, auch wenn sie vom Erbe
gegen Dritte, z. B. Vermächtnisprätendenten erhoben werde
Dagegen gewinnt der Gerichtsstand in seiner Anwendung au
die Klagen der Erbschaftsgläubiger einen persönlichen Charakte
Hier ist er wesentlich Gerichtsstand des Erben. So macht sic
eine gesonderte Betrachtung der beiden Arten dieses Gerichts
standes notwendig[10]).

Der Gerichtsstand der Erbschaft wird begründe
durch den Gerichtsstand des Erblassers zur Zeit seines Tode
Die „Zeit des Todes" bestimmt sich nach zivilrechtlichen Grund
sätzen, vor allem dann, wenn es sich um Eröffnung der Erb
schaft auf dem Wege der Todeserklärung handelt. In de
sachlichen Gerichtsstand der Erbschaft gehören nur bestimmt
Arten von rechtlichen Streitigkeiten, diese aber ohn
zeitliche Grenze und ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe, de
Testamentsvollstrecker, oder ein Dritter verklagt wird.

1. Erbrecht ist das durch Gesetz, Testament oder Erbver
trag begründete Recht zur Nachfolge in das Vermögen eine

[10]) Wach, S 430.

verstorbenen Person als Ganzes oder in einen Teil dieses Vermögens [11]).

Die Feststellung des Erbrechts wird verfolgt durch eine unmittelbar darauf gerichtete Klage, die je nach dem bestehenden Rechtsschutzbedürfnisse gegen Miterben, Testamentsvollstrecker oder Dritte erhoben werden kann oder durch Anfechtung der Erbeneinsetzung gemäß Art. 495—497 ZGB. Die Feststellung der Berechtigung an einer einzelnen Sache oder einem einzelnen Rechte gehört nicht hierher, auch wenn die Berechtigung sich auf Erbschaft gründet, denn hier wird über das Erbrecht selbst nicht rechtskräftig entschieden.

2. Der Anspruch des Erben gegen einen Erbschaftsbesitzer ist ein erbrechtlicher Gesamtanspruch auf Herausgabe des aus der Erbschaft Verlangten, der mit dem Antrage auf rechtskräftige Feststellung des Erben rechtsverbunden sein kann, aber nicht sein muß. Soweit dagegen gegen den Erbschaftsbesitzer Einzelklagen anhängig gemacht werden, bei denen er nicht als Erbschaftsbesitzer in Betracht kommt, ist der Gerichtsstand der Erbschaft nicht begründet.

3. Der Anspruch auf Zuwendung eines Vermögensteiles aus Vermächtnis ist ein rein persönlicher; der Vermächtnisnehmer ist also, soweit der Erbe beschwert ist, Nachlaßgläubiger. Der Anspruch aus dem Vermächtnisse hat auch die gegen den Vermächtnisnehmer gerichtete Klage auf Feststellung des Nichtbestehens oder Anfechtung des Vermächtnisses wegen Ungültigkeit der Verfügung oder Erbunwürdigkeit zum Gegenstande.

Der Gerichtsstand der Erbschaft aus Klagen der Erbschaftsgläubiger gegen die Masse dauert nur so lange, als die Teilung noch nicht beendet ist. Im Vergleiche zur DZPO [12]) hat die Zivilprozeßgesetzgebung des Kantons St. Gallen diesbezüglich eine wesentlich zweckdienlichere, glücklichere Fassung erhalten.

„Sind mehrere Erben vorhanden, so endet der Gerichtsstand nicht schon mit der Teilung der Erbschaft, sondern erst mit dem Aufhören der Gesamthaftung der Erben" (BGB Art. 2058). Diese Regelung ist deshalb weniger glücklich, weil die Beendigung der Gesamthaftung ohnedies die Teilung voraussetzt, weil

[11]) Stein, S. 88.
Hellwig, I S. 212 ff., II S. 243.
[12]) Stein, S. 91.

sie fast nie allen Nachlaßgläubigern gegenüber eintritt u
weil sie für einen Teil der Miterben bei Fortdauern der G
samthaftung für die Übrigen eintreten kann.

3. Der Gerichtsstand der Begangenschaft.

Der fakultative Gerichtsstand aus strafbarer Handlung i
am Orte der Begangenschaft begründet (Art. 52 Ziff. 1), ohn
Rücksicht auf Anwesenheit und Vermögensbesitz des Beklagte
im Gerichtsbezirk gegen In- und Ausländer. Der Kompeten
grund ist die Ausübung der „strafbaren" Handlung im Gericht
bezirk. Planck bezeichnet das Gericht als „einen Gerichts
stand des Entstehungsortes des Tatortes, nicht des Erfüllungs
ortes". Wir können diese Ansicht nicht teilen, denn beid
Teile der strafbaren Handlung, die Willensbetätigung und de
Erfolg sind in dieser Hinsicht als gleichwertig anzusehen, als
die Handlung sowohl am Orte der persönlichen Betätigung de
Beklagten, als auch am Orte des Eintrittes des Erfolges. O
der Begangenschaft ist daher jeder Ort, an dem auch nu
eines der wesentlichen Tatbestandsmerkmale der straf
baren Handlung in Erscheinung getreten ist. Durch bloss
Vorbereitungshandlungen wird der Gerichtsstand nicht begründe
aber es besteht keine Nötigung, unter allen Umständen eine
einheitlichen Tatort herauszufinden, da keines der einzelne
Tatbestandsmomente einen Vorrang vor den übrigen gleic
wesentlichen beanspruchen kann. Es sind demnach mehrer
Gerichtsstände gegeben, von denen der Kläger im Sinne vo
Art. 46 wählen kann. Ist darnach das angerufene Gericht zu
ständig, so ist es unerheblich, ob der Schaden in seinem Be
zirke entstanden ist, sofern er nur auf derselben einheitliche
unerlaubten Handlung beruht, sei es auch auf solchem Vor
gange des identischen Tatbestandes der in andern Gerichtsbe
zirken lokalisiert ist. Ob die Tatsachen wirklich eine uner
laubte Handlung darstellen und ob sie eine Haftung des Be
klagten begründen, berührt nur den Bestand des Anspruche
nicht die Zuständigkeit.

4. Der Gerichtsstand des Arrestes.

Es ist ein naheliegender Gedanke, den Arrest zum Kompe
tenzgrund zu erheben, und zwar für alle Streitsachen, i
welchen derselbe unmittelbar in Anspruch genommen wir

Der st. gallische ZP führt ihn durch in der Zuständigkeit des Gerichts, in dessen ordentliche Kompetenz die dem Arrest zu unterwerfende oder unterworfene Streitsache sich befindet. Art. 50 anerkennt:

a) Streitigkeiten über Arrestverfügungen,
b) Streitigkeiten über Forderungen, für welche ein Arrest erkannt wurde,
c) Schadenersatzklagen wegen unberechtigten Arrestes.

Sie sind bei dem Gerichte anzubringen, wo das arrestierte Gut oder der größere Teil desselben sich befindet. Darüber, ob dieser Gerichtsstand ein ausschließlicher sei, sagt der Wortlaut des Gesetzes nichts. Es ist daher jeweils auf die Natur der Sache zurückzugehen.

Was die Arrestaufhebungsklage anbelangt, so ist ohne weiteres klar, dass nur am Arrestorte geklagt werden kann, weil nur der Richter des gleichen Gerichtskreises befugt ist, der Arrestbehörde einen verbindlichen Befehl zu erteilen. Anders dagegen verhält es sich mit der Arrestbestätigungsklage. Ein Grund für die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts der gelegenen Sache besteht hier nicht, wie ja auch dann ein anderer Gerichtsstand als derjenige des Arrestes möglich ist, wenn vor der Auswirkung des Arrestes geklagt worden ist. Es ist demnach an und für sich nicht ausgeschlossen, dass für die Arrestbestätigungsklage ein forum prorogatum an die Stelle desjenigen des Art. 50 tritt.

5. Der Gerichtsstand der Erfüllung des Vertrages.

Er wird begründet durch den Umstand, dass die aus einem Vertrage entspringende streitige Verpflichtung an einem im Bezirke dieses Gerichtes gelegenen Orte zu erfüllen ist (Art. 51). Gleichgültig ist, ob die Bestimmung des Erfüllungsortes auf ausdrücklicher oder stillschweigender Verabredung der Beteiligten, auf gesetzlicher Vorschrift, auf allgemeinem Rechtsgrundsatze beruht. Er umfaßt alle Klagen, die einen Anspruch aus dem Vertrage in jedweder Rechtsschutzform zum Gegenstande haben. Darunter sind zu subsummieren:

a) Die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer bestimmten Vertragspflicht, gleichviel, ob sie die Nichtentstehung oder das Erlöschen geltend machen,

b) die Klagen auf Erfüllung des Vertrages,
c) die Klagen auf Aufhebung eines Vertrages,
d) die Klagen auf Entschädigung wegen Nichterfüllu
oder nichtordnungsgemäßer Erfüllung.

Der Erfüllungsort ist eine nähere Bestimmung der ei
zelnen Verpflichtungen. Für den Gerichtsstand ma
gebend ist einerseits der Ort, wo die einzelne, jewei
streitige Verpflichtung zu erfüllen ist, deren Erfüllung
Frage steht, andererseits das die Kompetenz begründende Kr
terium, dass die leistende Partei in der Schweiz keinen feste
Wohnsitz hat, an dem sie belangt werden kann. Diese G
setzesbestimmung ist dispositiver Natur, sie kann auch durc
vertragliche Vereinbarung ausbedungen werden.

Welcher Ort der Erfüllungsort ist, muß aus dem OR. en
nommen werden. Nach OR. Art. 74 ist in erster Linie di
Bestimmung durch die Parteien, d. h. die vertraglich
Abrede, maßgebend, auch wenn sie vielleicht gerade mit Rück
sicht auf den Gerichtsstand einen Ort zum Erfüllungsort mach
an dem die Leistung tatsächlich nicht vollzogen werden kann

Zur Begründung der Zuständigkeit gehört, das
die streitige Verpflichtung, wenn sie besteht, im Gerichtsbezirk
zu erfüllen ist. Dass sie zu erfüllen ist, kommt erst bei de
Entscheidung der Hauptsache in Betracht, die Bestreitung de
Erfüllungspflicht ist also keine schlüssige Bestreitung der Zu
ständigkeit.

Auf der andern Seite ist die blosse Behauptung des Kläger
auch dann im Streitfalle nicht ausreichend, wenn die Abred
zugleich einen Teil des Klagegrundes bildet.

C. Der Gerichtsstand der Parteivereinbarung.

Der Gesetzgeber hat in Art. 56 den Parteien das Rec
eingeräumt, sei es durch ausdrückliche oder stillschweigend
Vereinbarung, den ordentlichen Gerichtsstand in der Weise z
negieren, dass eine Streitsache vor ein durch Parteiwillen be
stimmtes Gericht gebracht wird. Das besagt, dass die Gerichts
standsnormen mit Ausnahme derjenigen, der gelegenen Sach
der Erbschaft, des Arrestes, kein zwingendes Recht darstelle
sondern den Parteien eine Bestimmung derselben vorbehalte
bleibt.

Damit ein an sich unzuständiges Gericht durch Vereinbarung zuständig werde, wird erfordert:

1. Auf Seiten der Parteien eine darauf gerichtete Vereinbarung, die auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht. Gleichgültig ist die Zeit des Abschlusses: Die Vereinbarung kann vor oder nach Erhebung der Klagen erfolgen in jedem Stadium des Verfahrens; ebenso ist die Form der Willenserklärung gleichgültig; sie kann ausdrücklich, und zwar mündlich oder schriftlich, oder stillschweigend durch konkludente Handlungen (wenn die Parteien im schriftlichen Vorverfahren Klage und Antwort eingereicht haben, ohne gegen die Zuständigkeit des Gerichtes Einspruch zu erheben) erfolgen.

2. Bezüglich des Gegenstandes des Rechtsstreites wird erfordert, dass es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch handle, für den nicht der ausschließliche Gerichtsstand der gelegenen Sache begründet ist.

Unter diesen Voraussetzungen bewirkt die Vereinbarung die Zuständigkeit erster Instanz eines an sich unzuständigen Gerichts, folgerichtig die Zuständigkeit des diesem Gerichte übergeordneten Gerichts höherer Instanz im Falle der Rechtsmittelbenützung. Diese Vereinbarung kann sich nur auf die örtliche, nicht aber auf die sachliche oder funktionelle Zuständigkeit beziehen. Es ist also unzulässig, eine der Kompetenz der Gerichtskommission unterliegende Streitsache dem Bezirksgerichte zu unterbreiten oder umgekehrt, eine Oberinstanz erstinstanzlich anzurufen. Dieser Grundsatz wird indessen durchbrochen durch Art. 30 Abs. 2, wonach ein appellabler durch Parteivereinbarung direkt beim KG anhängig gemacht werden kann und Art. 52 Ziff. 1 des BG. über die Organisation der Bundesrechtspflege [13]), wonach die Parteien bei einem Streitwert von mindestens Fr. 10,000.— das Bundesgericht als erste und letzte Instanz anrufen können.

Die Vereinbarung eines Gerichtsstandes bedeutet interkantonal- und internationalrechtlich den Verzicht des Beklagten auf die Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV. und der staatsvertraglichen Regelung [14]). Etwas anderes aber ist es, wenn

---

[13]) vom 22. März 1893, rev. am 6. Oktober 1911, 24. Juni 1919 und 25. Juni 1921.

[14]) Burkhardt, S. 618 ff., BGE 49 I 65, S. 551 ff.

mit Rücksicht auf die Zugehörigkeit zu verschiedenen Sta
gebieten und die Nicht-Vollstreckbarkeit ausländischer Urt
eine solche Vereinbarung die Bedeutung des Ausschlusses
Rechtsweges haben würde. Ein Verzicht auf die künftige
schreitung des Rechtsweges ist rechtlich unzulässig [15]). Das
eine lex generalis, weil sonst der Gläubiger, der nicht e
Deckung in Händen hat, der Willkür der Gegenpartei aus
liefert wäre. Eine Rechtsordnung, die eine solche Verletz
der Parität der Parteien auf dem Gebiete des bürgerlic
Rechts nicht duldet, kann dies auch nicht auf dem Gebiete
Zivilprozeßrechts. Dass insbesonders der st. gallische ZP ei
Verzicht auf künftige, rechtliche Geltendmachung eines
spruches nicht als zulässig erachtet, darf daraus geschlos
werden, dass selbst die Unterstellung einer Streitsache ur
ein Schiedsgericht nur unter gewissen Kautelen (Art. 253
als zulässig erachtet wird. Andrerseits kann dem Kläger,
nicht am vereinbarten Gerichtsstande klagt, die Einrede
Unzuständigkeit entgegengehalten werden. Dieses Recht e
fällt, wenn das Urteil da, wo es vollstreckt werden sollte, ni
vollstreckbar ist [16]).

Eine Gerichtsstandsvereinbarung darf nicht vermutet werd
Die Verabredung eines Erfüllungs-, Ablieferungs- oder Best
mungsortes oder dgl. bedeutet keine Gerichtsstandsklausel
Hingegen kann in einem solchen Falle der Gerichtsstand
Erfüllung gemäß Art. 51 begründet sein.

Eine stillschweigende Vereinbarung im Sinne des Art.
Abs. 3 liegt schon in der Unterlassung der Unzuständigke
einrede in der schriftlichen Klagebeantwortung; denn Kom
tenzmängel, welche nur auf Antrag einer Partei vom Rich
geprüft werden, müssen gemäß Art. 192 Abs. 1, Art. 197 u
Art. 56 Abs. 3 spätestens im schriftlichen Vorverfahren gelte
gemacht werden. Anders verhält es sich dagegen, wenn
sachliche Zuständigkeit in Frage steht, welche vom Rich
von Amtes wegen zu prüfen ist. Ein sachlich unzuständi
Gericht wird auch durch ausdrückliche oder stillschweiger
Vereinbarung der Parteien nicht zuständig (RK 1904/17). D
ist im st. gallischen ZP für den Fall, wo die Bundesgese

---

[15]) Vgl. für das deutsche Recht: Hellwig, Bd. I S. 167 ff.
[16]) Schw. J. Z. XIX, S. 315 ff., M. 65.
[17]) Schw. J. Z. XII, S. 77, N 15.

gebung der Zuständigkeit des angerufenen kantonalen Gerichts im Wege steht, in Art. 58 durch positive Vorschrift zum Ausdruck gebracht worden. Wenn also der kantonale Richter kraft Bundesrecht unzuständig ist, so kann seine Zuständigkeit nicht durch Unterlassung einer Kompetenz-Vorfrage begründet werden. Daraus ergibt sich, dass z. B. eine Einrede, die Streitsache sei gemäß Bundesrecht von den eidgenössischen Expropriationsbehörden zu beurteilen, nicht verwirkt werden kann; diese Frage wäre vielmehr, weil sie die sachliche, der Willkür der Parteien entzogene Zuständigkeit betrifft, vom Richter auch dann zu prüfen, wenn seine Kompetenz gar nicht bestritten wäre.

§ 6.

Rechte und Pflichten der Gerichte in ihrem Verhältnis zu einander und zu andern Behörden.

A. Das Verhältnis zueinander.

Die Kompetenzgrenze zwischen den Gerichten niederer und höherer Ordnung ist teils absolut, teils dispositiv. Sie ist ersteres, soweit das Gesetz ausdrücklich erklärt, dass eine Gerichtsbehörde „ausschließlich" zuständig sei; im übrigen ist sie dispositiv, läßt also rechtsgeschäftliche Verschiebungen derart zu, dass z. B. in die bezirksgerichtliche Kompetenz fallende Streitsachen an das KG gebracht werden können (Art. 30). Ausschließlich ist die Kompetenz der Bezirksgerichte in allen nichtvermögensrechtlichen Sachen und in allen denjenigen vermögensrechtlichen, welche ihnen ohne Rücksicht auf den Wert zugewiesen sind (Art. 28 Ziff. 1 lit. a Ziff. 2 lit. b).

Ordentliche und besondere Gerichte.

Hier sei besonders auf das Verhältnis der ordentlichen zu den besondern Gerichten hingewiesen. Die besondern Gerichte (Handelsgericht, Gewerbegericht, Fachgericht für die Stickerei-Industrie) haben nur für die speziellen, ihnen zugewiesenen Angelegenheiten Gerichtsbarkeit; andererseits sind diese von der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte ausgenommen. Die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes ist von diesem von Amteswegen zu prüfen (KG 1915/1). Für den Fall, dass nun ein Kompentenzkonflikt zwischen einem ordentlichen und einem besondern Gerichte entsteht, sieht der ZP keine

ausdrückliche Lösung vor. Auf Grund von Art. 290, Art. 3
wird die Abklärung eines solchen Konfliktes der Rekursko
mission zu unterbreiten sein.

Hinsichtlich der Rechtssprechung sind die untern Geric
unabhängig von ihren vorgesetzten Behörden; das KG ka
natürlich in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde, den i
untergeordneten Gerichten Anweisungen erteilen; eine weit
Befugnis steht ihm jedoch nicht zu. Insbesondere fällt es auß
halb des Rahmens der kantonsgerichtlichen Kompetenzen, d
untergeordneten Gerichten Rechtsbelehrungen zu erteilen. Eb
so sind die Gerichte auch nicht an die Rechtsauffassung
eines andern, gleichgestellten Gerichtes gebunden: Die Gericl
üben ihre Gerichtsgewalt selbständig und unabhängig aus. And
verhält es sich bei Rückweisung auf Grund stattgegeber
Nichtigkeitsbeschwerde. Da hat die Gerichtsstelle, an welc
die Streitsache zurückgewiesen wird, die dem Rückweisun
beschluß zu Grunde liegende rechtliche Beurteilung auch ih
Entscheidung zu Grunde zu legen (Art. 315).

Die Praxis der Gerichte zeigt natürlich immer mehr
Tendenz, die Rechtssprechung zu vereinheitlichen durch A
passung der untern Gerichte an das KG und dessen Entsch
dungen. Das erstrebte Ziel ist dabei dies, die Gleichförm
keit und Einheitlichkeit der Rechtssprechung zu erzielen.

Das KG kann Entscheide des untern Gerichts nur a
ändern, wenn eine Partei ein geeignetes Rechtsmittel ergriff
hat. In Betracht fällt nur das Rechtsbegehren, nicht ein ei
zelner Rechtsstandpunkt. Sofern die Klage durch das er
instanzliche Gericht angebrachterweise eine Abweisung erfahr
hat, hindert dies das zweitinstanzliche Gericht nicht, auf
Sache einzutreten. Im Gegensatz zum zürcherischen Proze
recht kann nach st. gallischem Recht ein Entscheid des K
verlangt werden, sofern die Parteien sich auf diese Insta
mit Umgehung des Bezirksgerichts, geeinigt haben. Die Vora
setzung ist einzig die, dass es sich um einen appellablen Rech
streit handelt (Art. 30 II).

Beschwerden über Gerichtsbehörden wegen Verweigeru
oder Verzögerung der Rechtspflege sind bei der zunächst üb
geordneten Aufsichtsbehörde anzubringen. Die Möglichkeit
Beschwerde an die Aufsichtsbehörde ist das Resultat des A
sichtsrechts derselben. Der Beschwerde kommt nicht der Ch
rakter eines Rechtsmittels zu; sie bildet vielmehr eine disz

linarische Klage wegen Pflichtwidrigkeit oder Pflichtvernachlässigung eines oder mehrerer Beamten (Art. 6, 11, 15, 16). Sobald die Anfechtung eines Entscheides des Richters, mag sich diese nun auf die Haupt- oder auf die Nebensache beziehen, in Frage kommt, stehen der Partei Rechtsmittel zur Verfügung: Die Berufung und der Rekurs.

Jeder Gerichtsstelle ist die Befugnis eingeräumt, die in ihrer Kompetenz liegenden Amtshandlungen in Sachen, die bei ihr anhängig gemacht sind, auf dem Gebiete des ganzen Kantons vorzunehmen. Die dabei verfolgten Grundsätze sind die, die Prozeßkosten auf ein Minimum zu beschränken, den Gang des Verfahrens durch Untersuchung anderer Behörden, die mit dem Falle nicht vertraut sind, nicht zu hemmen, die Anerkennung auch in andern Gerichtsbezirken zu verschaffen. Soweit es sich dabei um Amtshandlungen auf dem Gebiete anderer Kantone oder des Auslandes handelt, können diese nur mit Bewilligung der zuständigen außerkantonalen, bezw. ausländischen Behörden vorgenommen werden. Dabei sind, auf Grund des staatlichen Hoheitsrechtes, grundsätzlich die Rechtsformen des fremden Gebietes maßgebend.

B. Interkantonale Rechtshilfe.

Aus Art. 61 BV. ergibt sich für jeden Kanton die Pflicht, dem andern zur Durchführung des Prozesses Rechtshilfe zu leisten (Sträuli, Kom. Art. 378; Burckhardt, Kom. Art. 61). Die interkantonale Rechtshilfe ist dabei nicht etwa auf Handlungen beschränkt, die im Prozeßrecht des ersuchten Kantons vorgesehen sind, sondern es fallen darunter auch anderweitige prozessualische Vorkehrungen, sofern diese nach dem Rechte des ersuchten Kantons nicht überhaupt als unzulässig erscheinen.

C. Internationale Rechtshilfe.

Über die Mitteilung gerichtlicher und außergerichtlicher Urkunden ins Ausland, sowie die Zulässigkeit von Requisitorien an fremde Gerichte besteht für die Zivilsachen die Haager Internationale Übereinkunft betreffend Zivilprozeßrecht vom 17. Juli 1905, der die meisten europäischen Staaten angehören, und der die Schweiz am 17. März 1909 beigetreten ist. (In neuester Zeit sind auch Österreich 30. Mai 1922), Polen und die freie Stadt Danzig (9. Juni 1926), die Tschechoslowakai

(20. Oktober 1926), Finnland (25. November 1926) dieser Üb
einkunft beigetreten und Spanien (hat deren Geltungsbere
ausgedehnt auf die Zone des spanischen Protektorats in M
rokko). Darnach besteht Zustellungspflicht für Zitationen, Schr
sätze, Entscheide, Notifikationen. Die Zustellung kann ni
abgelehnt werden, weil das ersuchende Gericht nicht zustän
sei oder weil der ersuchte Staat die Klage nicht zulasse.
dann besteht die Pflicht, den Ersuchungsschreiben Rechtshi
wie Einvernahme von Zeugen, Expertisen Augenscheine, Büch
verifikationen zu gewähren. Die Rechtshilfe ist, ausgenomm
die Auslagen für Zeugen, Experten, kostenlos. Mit einzeln
Staaten hat die Schweiz besondere Vereinbarungen ab
schlossen, die den direkten Verkehr der Gerichte un
sich in Zivilsachen gestatten: So mit Deutschland am 1. D
zember 1878 und 30. April 1910, mit Österreich am 30. D
zember 1899, mit Italien am 22. Juli 1868, mit Belgien a
29. November 1900. Für die andern Staaten ist für die Z
stellung unter Ersuchungsschreiben der diplomatische Ve
kehr vorgesehen.

Für Handlungen, die der st. gallische Richter auf Wuns
des ausländischen Richters vornimmt, ist st. gallisches Pr
zeßrecht, als dasjenige des ersuchten Landes bezw. Kanto
maßgebend. Doch kann die ersuchende Behörde eine besonde
Form der Prozeßhandlung wünschen, die anzuwenden ist, sofe
sie der Gesetzgebung nicht zuwiderläuft.

§ 7.

Allgemeine Bestimmungen.

A. Vorladungen.

Die Form, in der die gerichtsamtlichen Vorladungen
erfolgen haben, ist im Gesetze (Art. 79) genau geregelt: S
werden schriftlich und in der Regel nach Formular erlassen, u
zwar durch eingeschriebenen Brief [1]) oder durch den Weibel
die Person, für die sie bestimmt ist, bezw. dem gerichtlich b
kannten Vollmachtträger (Art. 80, Abs. 1). Diese Bestimmu
ist nicht ganz klar darüber, wie es sich mit Recht und eve

[1]) Bei der Zustellung durch eingeschriebenen Brief sind die Bestimmung
der Postordnung, Art. 446 der Vollziehungsverordnung I zum BG. b
den Postverkehr vom 2. Oktober 1924 zu berücksichtigen.

Pflicht der Gerichtskanzleien hinsichtlich der Bestellung der Vorladungen an die Parteien, die einen Vertreter haben, verhält. Nach dem Sinne der gesetzlichen Norm muß es der Gerichtskanzlei gestattet sein, entweder die Partei oder deren Vollmachtträger allein oder aber die Partei und deren Vollmachtträger vorzuladen. Im erstern Fall ist nach der Praxis der RK (1913/17) der Vorladung beizufügen, dass es Sache des Empfängers der Vorladung sei, den Nichtzitierten über die Vorladung zu verständigen. Als Vollmachtträger ist gemäß Art. 75 ohne weiteres der patentierte Anwalt oder Rechtsagent anzusehen, welcher die Prozeßeingaben eingereicht hat. Die RK hat aber auch dahin entschieden, „dass die eine oder andere Art der Vorladungen einer Instanz für alle Rechtsstreitigkeiten in gleicher Weise einzuhalten ist und dass es nicht angeht, eine Partei oder einen Anwalt ausnahmsweise anders zu behandeln, solange derselbe das Patent besitzt und gegen denselben nicht im Beschwerdeverfahren Beschlüsse zuständiger Organe ergangen sind, welche eine ausnahmsweise Behandlung des betreffenden Anwaltes (z. B. mangels Vertrauenswürdigkeit) rechtfertigen würden". Die Regelung dieser Bestimmung des Art. 80 Abs. 1 ist aber u. E. eine allzu komplizierte. Da, wo die Partei einen Anwalt zugezogen hat, sollte die Vorladung immer an diesen direkt ergehen, damit der Partei die unnütze Arbeit erspart wird, diese dem Vertreter übermitteln zu müssen. Ausserdem wird in der Praxis fast ausnahmslos auf diese Weise verfahren. Deshalb würden wir eine Redaktion in dem Sinne begrüßen, dass gesagt würde: „Die Vorladung wird der Partei, für die sie bestimmt ist, wo aber der Gerichtskanzlei ein Vertreter derselben bekannt ist, diesem direkt zugestellt."

Die Zustellung der gerichtlichen Vorladungen vollzieht sich also auf gleiche Weise wie diejenige amtlicher Mitteilungen, der gegenparteilichen Schriften im ordentlichen Verfahren und der Erkenntnisse.

In dringlichen Fällen kann die Vorladung auch telegraphisch erfolgen (Art. 80 Abs. 2). Wo die Vorladung aber auf keine Art bestellbar ist, findet eine Ediktalvorladung statt (Art. 80 Abs. 3).

Um Prozeßverschleppungen zu vermeiden, hat der Gesetzgeber jeder zweiten Vorladung peremtorische Wirkung beigelegt (Art. 79 Abs. 2), d. h. es tritt das Kontumazialverfahren ein. Die daraus entstehenden Rechtsfolgen sind beim Aus-

bleiben des Klägers Abweisung der Klage (Art. 262 Ziff
beim Ausbleiben des Beklagten Anerkennung des klägeris
Rechtsbegehrens, nach Maßgabe der im Rahmen des Vor
fahrens eingereichten Prozeßschriften, „sofern und soweit
in der Klage vorgebrachten Tatsachen, welche als erwie
anzunehmen sind, dasselbe als rechtlich begründet erschei
lassen" (Art. 262 Ziff. 2)[2]. Das Gesetz bringt dadurch b
Ausbleiben des Klägers eine vorbehaltlose Abweisung der Kl
beim Ausbleiben des Beklagten eine Anerkennung dersel
unter gewissen Bedingungen zum Ausdruck. Nach der al
meinen Regel hat der Richter hier die Subsumtion des T
sächlichen unter den Rechtssatz vorzunehmen. Das thurgauis
Recht hat in dieser Frage eine einheitlichere Lösung gefunc
indem es in Art. 83 sagt: „Der Richter schreitet nach ein
tigem Vortrag der Gegenpartei[3]) zum Urteil und zwar in
Weise, dass er die tatsächlichen Vorbringen derselben als wa
diejenigen der ungehorsamen Partei, soweit sie bestritten si
als zurückgezogen annimmt". Wir würden eine solche Forn
lierung im st. gallischen Recht begrüßen, obwohl wir uns des
bewußt sind, dass eine solche Änderung nicht bloß eine forme
sein würde, sondern auch hinsichtlich der rechtlichen Kon
quenzen. Wir stellen uns dabei auf den Standpunkt, dass
Rechtsfolgen sowohl für den Kläger wie für den Beklagten
Falle des Ausbleibens die gleichen sein sollen, d. h., dass a
die Anerkennung des klägerischen Anspruches eine vorbeha
lose sein sollte, wie dies im oben zitierten Art. 83 des thurga
ischen ZP zum Ausdruck hommt.

B. Fristen.

Die Fristen sind für die Prozeßhandlungen der Pa
teien von prozessualer Bedeutung, indem die V
säumung derselben, die durch das Gesetz oder den Rich
angedrohten Folgen mit sich bringt. Die Versäumnisfolge
steht in der Verwirkung eines bestehenden Rechts, z. B.
Anmeldung der Appellation (Art. 302), auf Berücksichtigu
des Rechtsmittels überhaupt (§ 13) oder von Beweismitt
(Art. 140 Abs. 2). Ebenso knüpft das Gesetz daran unter U
ständen auch finanzielle Nachteile (Art. 85 Abs. 2). Wo ni

[2]) Über die Rechtsmittel in Kontumazfällen ist in § 13 die Rede.
[3]) Gemeint ist hier die Gegenpartei des Säumigen.

schon der ZP die Säumnisfolgen bestimmt, sind sie vom Richter bei der Fristansetzung festzusetzen. Wo weder Gesetz noch Richter eine Straffolge vorsehen, hat die Frist nur Ordnungs-Charakter. Die vom Gesetzgeber normierten Fristen haben allerdings in den wenigsten Fällen nur dilatorischen Charakter, wobei Zweckmäßigkeitsrücksichten diese Ansicht bestimmten. „Die Meinung ist offenbar, dass in solchen Fällen die Partei, die während des Laufes der Frist von einem Verhinderungsgrunde betroffen wird, noch die Möglichkeit habe, innerhalb der Frist eine Verlängerung zu begehren und so den schweren Folgen einer Versäumnis zu entgehen" [4]). Daher gibt das Gesetz hier nur das Mittel des Fristerstreckungsbegehrens.

Das Gesetz teilt die Fristen in gesetzliche und richterliche; also in solche, deren Dauer vom Gesetz unmittelbar bestimmt wird, und solche, die der Richter nach der Beschaffenheit des Falles festsetzt. Für die ersteren ergibt sich, gerade aus dem Umstande, dass sie gesetzlich festgelegt sind, dass sie weder abgekürzt noch erstreckt werden können. Die gesetzliche Frist läuft von dem sie bedingenden Ereignisse (z. B. Zustellung des Urteils) an, die richterliche mit der Zustellung des die Frist anordnenden Beschlusses an die Partei, oder wenn es der Zustellung nicht bedarf, mit der Verkündung des Beschlusses.

C. Tagfahrten.

Die Anberaumung von Tagfahrten ist prozeßleitende Verfügung. Eine Verlegung derselben kann nicht durch Parteivereinbarung, sondern nur durch richterliche Entscheidung oder Verfügung erfolgen. Sie kann auf einseitiges Parteigesuch hin nur erfolgen, wenn die betreffende Partei durch erhebliche Hindernisse (Krankheit, Militärdienst oder amtliche Geschäfte der Partei oder ihres Anwalts, Todesfall im engern Familienbande) am Erscheinen verhindert ist, und die Partei ohne Verlegung einen nicht wieder gutzumachenden Schaden erleiden würde. „In der Regel ist jedoch auf Gesuch der gleichen Partei nur einmalige Verlegung zulässig" (Art. 84 Abs. 1). Mit dieser, kein zwingendes Recht darstellenden Norm wollte es der Gesetzgeber dem Richter ermöglichen, einseitigen Parteigesuchen ausnahmsweise zum zweiten Male zu entsprechen, aber jeden-

[4]) Heusler, S. 137.

falls nur beim Vorhandensein besonders wichtiger Gründe, z. B. plötzliche Erkrankung der Partei oder ihres Anwalts nur einige Tage vor einer gerichtlichen Tagfahrt. Übereinstimmenden Gesuchen sämtlicher Parteien kann, sofern dadurch keine Verletzung der Rechte oder Interessen Dritter stattfindet, immer entsprochen werden.

Bei Vereitelung einer Tagfahrt, die durch Ausbleiben oder zu spätes Erscheinen einer Partei, ihres Vertreters oder Rechtsbeistandes verschuldet wird, sind nach der Bestimmung des Art. 85 Abs. 2 der erschienenen Partei die vollen Tageskosten zuzusprechen. Dieser Kostenanspruch findet allerdings nur statt — diese Überlegung geht aus dem Wesen des Prozeßrechts hervor — wenn die erschienene Partei verhandlungsfähig ist; nicht aber, wenn sie z. B. die Einreichung einer Prozeßeingabe im vorbereitenden Schriftenwechsel unterlassen hat, und ihr auf Begehren der Gegenpartei eine Frist zur Nachleistung eingeräumt, diese aber versäumt wurde. Diese Bestimmung des Art. 85 Abs. 2 gehört der Systematik nach dem allgemeinen Teile des ZP an und gilt für das Verfahren vor allen im ZP vorgesehenen gerichtlichen Instanzen, somit auch für die Vermittlerämter. Der zitierte Art. 85 Abs. 2 hat dabei zur Vorraussetzung, dass die Partei, welche aus dem Ausbleiben der vorgeladenen Gegenpartei und der durch letztere dadurch verursachten Vereitelung der Tagfahrt einen Kostenanspruch erhebt, ihr Begehren an der vereitelten Tagfahrt und nicht erst nachträglich geltend macht. So wird es vor den Gerichten ständig gehalten und entspricht auch dem Zweck dieser Bestimmung, die ein gesondertes Verfahren dem Wortlaute nach ausschließt. Versäumt die Partei das Begehren, so kann sie dasselbe nur noch in dem Stadium geltend machen, in welchem der Sachrichter über den Kostenpunkt der Hauptstreitsache entscheidet, bezw. der Vermittler das Verfahren nach Art. 135 einschlägt.

D. Gerichtsferien.

Sie umfassen den Monat August. Während ihrer Dauer finden keine Gerichtssitzungen statt; keine Partei und kein Anwalt ist pflichtig, einer Vorladung zu folgen. Die Fristen in den bei den Gerichtskommissionen, den Bezirksgerichten, der RK, dem KG und dem KassG anhängigen Prozessen werden gehemmt; d. h., sie können während der Gerichtsferien weder

beginnen noch weiterlaufen; die ausschließliche Wirkung der Frist tritt also nicht ein. Fällt das Ereignis, das die Frist in Lauf setzt, in die Gerichtsferien, so beginnt diese erst mit der Beendigung der Ferien. Bei allen in den Ferien eingelegten Rechtsmitteln ist also der erste Tag der Rechtsmittelbegründungsfrist der 1. September [5]). Hat dagegen die Frist vor den Ferien zu laufen begonnen, so wird sie durch die Ferien gehemmt und der noch übrige Teil beginnt erst nach den Ferien zu laufen.

Art. 86 Abs. 1 spricht nur von der Hemmung der Fristen der bei den Gerichtskommissionen, den Bezirksgerichten, der RK, dem KG und dem KassG anhängigen Prozessen. Die Frage ist nun die, ob sich diese Bestimmung auch auf die bei Schiedsgerichten pendenten Fälle beziehe. Das KassG (1919/48) hat die Frage bejaht, obwohl sich eine ausdrückliche Erwähnung der Schiedsgerichte in diesem Zusammenhange nicht findet. Auf den ersten Blick erscheint daher die Auffassung, dass die Gerichtsferien auf solche Fälle keinen Einfluß hätten, die Fristen überhaupt, und die vierzehntägige Frist zur Geltendmachung der Kassationsbeschwerde im besondern, daher auch während des Monats August weiterlaufen, richtig zu sein. Eine nähere Prüfung ergibt jedoch, dass dies weder nach der Formulierung des Art. 86 noch nach der ratio legis der Wille des Gesetzgebers ist. Dieser rechtliche Schluß ergibt sich zwingend aus Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 Art. 86. Während der erste Absatz als Grundsatz und ohne jede Einschränkung bestimmt:

---

[5]) Während der Gerichtsferien stehen also auch die Rechtsmittelsfristen still. Das geht deutlich aus dem Willen des Gesetzgebers und dem Art. 86 Abs. 2 hervor. Darnach stehen während der Gerichtsferien alle Fristen in den bei den Gerichtskommissionen, den Bezirksgerichten, der RK, dem KG und dem KassG anhängigen Prozessen still. Würde nun die Appellationsfrist von diesem Fristenstillstand ausgenommen, so hätte dies zur Folge, daß der gewollte Zweck der Gerichtsferien, das ordentliche Gerichtsverfahren, soweit es überhaupt kantonalrechtlichen Bestimmungen unterworfen ist, zum Stillstand zu bringen, zum Teil illusorisch gemacht würde. Der Einwand, daß ein durch Haupturteil eines Bezirksgerichts entschiedener Rechtsstreit nicht mehr anhängig sei und daher von den Ferienbestimmungen des Art. 86 nicht getroffen werde, könnte demnach nicht gehört werden, weil die Rechtshängigkeit eines Falles bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils gegeben wäre. Ein Rechtsstreit, der zwar durch Urteil entschieden, aber am 1. August noch durch Ergreifung eines Rechtsmittels weitergezogen werden kann, muß daher noch als anhängig betrachtet werden und fällt somit unter die Bestimmungen des Art. 86.

„Während des Monats August herrschen Gerichtsferien", zäh
Abs. 3 diejenigen Fälle auf, auf welche die Gerichtsferien keine
Einfluß ausüben, nämlich die Rekurse im summarischen Ver
fahren und diejenigen Streitsachen, welche vom Präsidenten de
Gerichts, bei welchem sie anhängig sind, durch besondere Ver
fügung als dringlich erklärt werden [6]). Unter den Ausnahme
findet sich also das Schiedsgerichtsverfahren nicht aufgeführ
sodass für diese Prozesse ebenfalls die Regel des Abs. 1 Plat
greift, also die Gerichtsferien ebenfalls herrschen.

Der anscheinende Widerspruch mit Abs. 2 verliert sich
wenn in dieser Bestimmung weniger auf die aufgeführten Ge
richtsinstanzen, als darauf Gewicht gelegt wird, welche Wirkun
den Gerichtsferien zukomme; letzteres näher auszuführen, d. h
das Nichtstattfinden von Gerichtssitzungen und das Stehen
bleiben der Fristen zu normieren, war offenkundig alleinige
Zweck des Abs. 2. Wäre beabsichtigt gewesen, die Schieds
gerichtsprozesse von dieser Wirkung auszunehmen, so wär
das zweifellos nicht durch Nichterwähnung dieser Instanz
sondern durch ausdrückliche Aufführung bei den Ausnahmen
in Abs. 3 geschehen. Es ist daher anzunehmen, dass sich i
der Zitierung der Instanzen in Abs. 2 eher eine Unklarheit
ein Übersehen, als eine gewollte Eliminierung der Schiedsge
richtsprozesse findet.

Dass dies der Fall ist, ergibt sich auch aus dem Zweck de
Einführung der Gerichtsferien. Es sollte den Parteien, der
Anwälten und den Gerichtsfunktionären während dieser Zei
ermöglicht werden, von Geschäften und Prozessen sich frei zu
machen und eben die Ferien zu geniessen. Dieser Zweck würde
z. T. vereitelt, wenn ohne zulänglichen Grund Prozesse vo
Schiedsgerichten und Rechtsmittel gegen Schiedsgerichtsurteile
durchgeführt werden müßten. Ein Einbruch in Zweck und
Regel des Art. 86 ist daher nur dann gerechtfertigt, wenn be
sondere Verhältnisse es erfordern. Wann solche vorliegen
ergibt sich aus Abs. 3; es sind dies Fälle besonderer Dring
lichkeit, wie z. B. im summarischen Verfahren oder wo durch
Präsidialverfügung dies speziell angeordnet wird.

---

[6]) Solche Streitsachen darf der betreffende Gerichtspräsident nicht will
kürlich als dringlich erklären, sondern nur dann, wenn ausreichend
Gründe hiefür sprechen (Scherrer-Füllemann, Kom. zu Art. 86
Anm. 7).

§ 8.

Unentgeltliche Rechtspflege.

Unter diesem Titel stellt der st. gallische ZP alle jene Bestimmungen auf, die die Gewährung des Armenrechts, seinen Umfang und Inhalt kennzeichnen. Art. 99 spricht ausdrücklich von „Kosten des Prozesses", weshalb unter dem Begriffe der „unentgeltlichen Rechtspflege" die unentgeltliche Prozeßführung zu verstehen ist, wobei alle jene Rechtshandlungen, die der Prozeß mit sich bringt, darunter fallen.

A. Voraussetzungen für die Erlangung des Armenrechts.

1. Der Nachweis der Armut.

Als Armut im Sinne des Gesetzes gilt das Unvermögen die Prozeßkosten „ohne Beschränkung des notwendigen Lebensunterhaltes für sich und seine Familie" zu bezahlen (Art. 99). Durch diese Betonung des Unterhaltes ist die Gewährung des Armenrechts auf natürliche Personen (allerdings wenig zweckdienlich) beschränkt, die juristischen dagegen ausgeschlossen.

Zwischen In- und Ausländern besteht dabei grundsätzlich kein Unterschied, vorausgesetzt, dass bei letzteren die Gegenseitigkeit durch Staatsvertrag oder durch Gegenrechtserklärungen oder sonstwie verbürgt ist.

Art. 100 Abs. 1 bestimmt, dass das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege dem Bezirksamt des Wohnsitzes oder desjenigen, in dem die Klage anhängig gemacht wird oder bereits anhängig ist, einzureichen ist. Das Bezirksamt leitet es dann weiter an das Justizdepartement. Daraus ergibt sich die Konsequenz, dass die Zuerkennung des Armenrechts an kein bestimmtes Stadium des Prozesses gebunden ist, dass es z. B. erst für das Berufungsverfahren geltend gemacht werden kann, während die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens von der betreffenden Partei selbst getragen werden. Dieser Fall ist durchaus möglich und erklärlich; doch werden die Voraussetzungen bezüglich der „Armut" durch das Justizdepartement weit einläßlicher und schärfer geprüft werden, als wenn das Gesuch schon bei der Anhängigmachung des Prozesses gestellt worden wäre, wobei diese Prüfung mit der Haltbarkeit der

Sache, den Aussichten im Berufungsverfahren für die betreffend Partei ein günstigeres Ergebnis, als es die erstinstanzliche Ver handlung zeitigte, zu erzielen, zu befassen hat.

Der Apparat, der zur Beurteilung eines Armenrechtsge suches durch die gesetzlichen Bestimmungen in Funktion zu treten hat, erscheint in der Praxis als allzu kompliziert und schwerfällig, weshalb er häufig in der Weise vereinfacht wird dass die Anwälte solche Gesuche direkt dem Justizdeparte ment, also mit Umgehung des Bezirksamtes, zuführen. Un rationell erscheint die Bestimmung (Art. 100 und 102) der regierungsrätlichen Beurteilung insoweit, als sie nicht zweck mäßig ist, dass die Regelung dem Verfahren vor Bundesgerich (gemäß Art. 212 des BG über die Organisation der Bundes rechtspflege) und Versicherungsgericht (gemäß Art. 117 des Bundesbeschlusses betreffend die Organisation und das Ver fahren des eidgenössischen Versicherungsgerichts) nicht ange paßt ist und deshalb auch in den wenigsten kantonalen Zivil prozeßrechten Eingang gefunden hat. Die überwiegende Zahl der Gesetzgeber hat diese Frage in der Weise geregelt, dass die Beurteilung eines diesbezüglichen Gesuches demjenigen Richter zugewiesen wird, bei dem die Streitsache anhänig gemacht werden muß oder bereits pendent ist. Gerade dieser Richter ist in erster Linie dazu berufen; denn er hat möglicherweise bereits Einsicht in die Akten erlangt und ist deshalb befugt, ein Urteil darüber abzugeben, ob der Prozeß, d. h. die Klage oder die Einreden „nicht zum Voraus als unbegründet erscheinen" (Art. 101). Von Seiten des Justizdepartements erfordert dies andererseits eine Vertiefung in den Prozeßstoff, was bei der großen Arbeitslast dieses Ressorts des Regierungsrates nicht immer gründlich genug erfolgen kann. Die Bestimmung, dass streitige Deservitenansprüche der Anwälte und Rechtsagenten (Art. 248) von demjenigen Gerichte zu beurteilen sind, das die betreffende Streitsache behandelt hat, sollte per analogiam deshalb auch hier Eingang finden. Ausserdem bestimmen die eidgenössischen Prozeßordnungen für das Verfahren vor Bundes- bezw. Versicherungsgericht, dass solche Begehren beim betr. Gerichte anzuheben sind. Durch eine solche differenzierte Lösung dieser Frage geraten die Parteien oft in Verwirrung. Andererseits ist, infolge der Mannigfaltigkeit der kantonalen Prozeßrechte und vor allem aus der Überordnung des eidgenössischen über das kantonale Recht eine Anpassung

nur in der Weise möglich, dass die kantonalen Prozeßrechte, im konkreten Falle das st. gallische, Modifikationen erfahren.

2. Der Nachweis einer haltbaren Sache.

Da der Gesetzgeber es in dieser Hinsicht nur darauf abgesehen hat, dem Mißbrauch der unentgeltlichen Rechtspflege zu nutzloser oder gar zu schikanöser Benützung vorzubeugen, genügt es, soviel beizubringen, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mutwillig oder aussichtslos (d. h. offensichtlich haltlos) erscheint. Art. 102 räumt dem Justizdepartement die Befugnis ein, jederzeit über die Lage des Prozesses Auskunft zu verlangen und die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zurückzuziehen. Mit der Prozeßführung dagegen hat das Justizdepartement nichts zu tun, ebensowenig ist es kompetent, Verfügungen über den Prozeßgegenstand selbst zu treffen. Das Departement hat es deshalb stets abgelehnt, den Begehren um Erteilung von Weisungen betreffend die Führung des Prozesses, soweit nicht etwa Interessen des Staates berührt wurden, zu entsprechen. Desgleichen erklärte sich das Departement für inkompetent, einen Anwalt zum Abschluß eines Vergleiches zu ermächtigen, da hierüber nur die Partei zu entscheiden hat. Immerhin tat es dies mit dem Vorbehalte, dass, wenn dieselbe zu einem Vergleiche nicht Hand bieten sollte, obwohl auf dem Prozeßwege ein Mehreres nicht zu erzielen ist, derselben die unentgeltliche Rechtspflege entziehen könnte. Durch die wiederholte Prüfung der Streitsache des Gesuchstellers will „einerseits die Einleitung oder Fortsetzung aussichtsloser Prozesse möglichst verhindert, andrerseits aber auch dem Dürftigen die Beschreitung des Rechtsweges innert verständiger Schranken möglich gemacht werden“[1]). Dieser relevante Gedanke hat auch Bezug auf die Bestimmung des Art. 103, wonach die unentgeltlich verbeiständete Partei bei Ergreifung eines Rechtsmittels gegen ein richterliches Erkenntnis ein erneutes Gesuch einzureichen hat, „sofern sie die Wohltat der unentgeltlichen Rechtspflege weiter beanspruchen will“.

---

[1]) B. R. S. 22.
Scherrer-Füllemann Kom. zu Art. 102, Abs. 2, Anm. 1 bis 3.

B. Inhalt und Umfang des bewilligten Armenrechtes.

Der Inhalt des bewilligten Armenrechts umfaßt die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes [2]), der im Falle des gänzlichen oder teilweisen Unterliegens aus der Staatskasse eine Remuneration erhält, während er bei Unterliegen des Gegners und dessen Verurteilung zu den Prozeßkosten seine Honorarforderung an diesen geltend macht. Das gewährte Armenrecht überbürdet die Zeugen-, Experten- und Requisitionsgebühren dem Staate. Doch ist diese Tragung der Kosten durch den Staat im Falle, dass die betreffende Partei „später" [3] wieder zu Vermögen kommt, nur eine einstweilige, indem Art. 104 Abs. 3 bestimmt, dass „sie dem Staate sämtliche Auslagen zurückzuerstatten und die gestundeten Gebühren zu entrichten" hat. Die Bedeutung ist also die, dass das Gesetz keinen definitiven Erlaß dieser Gebühren vorsieht, sondern nur eine Stundung derselben. Darüber sagt Müller [4]): „Wenn dann die Partei infolge der vom Staate gewährten Hilfe durch Vergleich etc. eine gewisse Geldsumme erhält, so erscheint es als selbstverständlich und auch dem Art. 104 Abs. 3 proc. civ. entsprechend, dass aus dieser Summe zunächst die erlaufenen Gerichts- und Anwaltskosten bezahlt werden. Es müßte als unbillig bezeichnet werden, wenn die Partei den Prozeßgewinn, den sie nur infolge der vom Staate gewährten unentgeltlichen Rechtspflege erzielen konnte, voll und ganz beanspruchen und die Bezahlung der bezüglichen Kosten dem Staate überlassen könnte. Die Partei soll und kann aus der unentgeltlichen Rechtspflege nicht lukrieren und nicht besser gestellt werden, als eine Partei, die den Prozeß aus eigenen Mitteln führt." Der Staat tritt dadurch gegenüber dem Armenrechtspententen in die Stellung eines Gläubigers. Doch ist diese Position eine beschränkte, indem sie dadurch bedingt wird, dass „eine solche Partei später wieder zu Vermögen" komme; m. a. W., diese Forderung kann im Falle des Konkurses des Betreffenden nicht geltend gemacht werden.

---

[2]) Sofern das Verfahren einen solchen nicht ausschließt (Art. 59), z. B. vor Vermittler und Gerichtskommission.

[3]) Darunter versteht der Gesetzgeber auch den Fall, daß die betreffende Partei auch schon aus dem konkreten Prozesse Vermögen erlangt hat.

[4]) St. Gallisches Verwaltungsrecht, II. Bd., Sammlung grundsätzlicher Entscheidungen aus dem Gebiete des Verwaltungs- und Staatsrechts des Kantons St. Gallen aus den Jahren 1897—1908, No. 1006.

Auf den Prozeßgegner ist das gewährte Armenrecht grundsätzlich ohne jeden Einfluß. Es gewährt ihm keine Rechte und entzieht ihm keine solchen; namentlich nicht das auf Kostenrückerstattung, sowie auf Betreibung solcher Kosten im gewöhnlichen Wege der Zwangsvollstreckung.

Die Erfahrungen, die mit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Kanton St. Gallen gemacht worden sind, sind die allgemeinen und überall in Erscheinung tretenden: „Das Armenrecht wird mannigfach mißbraucht" [5]) und das Justizdepartement, dem die Entscheidung über dessen Gewährung zusteht, „wird durch die Umstände oft zu einer, wie sich nachher herausstellt, unberechtigten Willfährigkeit genötigt; weil es meist unmöglich ist, schon bei Einleitung des Prozesses darüber Klarheit zu gewinnen, ob die Sache des Petenten von vorneherein aussichtslos oder gar frivol sei." Deshalb bildet die unentgeltliche Rechtsverbeiständigung, eine nicht unerhebliche Belastung der Staatskasse und des obsiegenden Gegners, der dann doch seinen Anwalt honorieren muß, ohne dafür Ersatz zu erhalten. Doch wird eine allgemein large Handhabung des Armenrechts eher dem Rechtsempfinden entsprechen, als eine engherzige.

§ 9.

Partei- und Vertretungsverhältnisse.

A. Parteien.

1. Die Parteifähigkeit.

Die Fähigkeit, Partei im Prozesse zu sein, erfordert zwe Voraussetzungen: Erstens, die Fähigkeit Beteiligter, sei es Berechtigter oder Verpflichteter, an einem Privatrechtsverhältnis zu sein; und zweitens, die Fähigkeit vor Gericht, sei es selbst oder durch einen gesetzlichen Vertreter, als geschuldete Leistung Zuerkennung bezw. Aberkennung eines solchen streitigen Anspruches geltend zu machen. Sie teilt sich also in eine zivilrechtliche und eine prozeßrechtliche Seite. Die letztere bezeichnet der st. gallische ZP als die Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden (Art. 60).

2. Die Prozeßfähigkeit.

Da dem erklärten Wollen der Parteien ein entscheidender Einfluß auf den Gang und Inhalt des Prozeßverfahrens einge-

[5]) Heusler, S. 52.

räumt ist, kann als Partei im Prozeß nur handeln, wem nach ZGB. (Art. 12/16) die Fähigkeit zu wirksamer Willenserklärung zuerkannt ist. Deshalb ist die Prozeßfähigkeit die Handlungsfähigkeit des Prozeßrechts. Art. 59 macht die Gültigkeit der Erklärung nicht von dem sie abgebenden Subjekt abhängig; es ist also gleichgültig, ob sie in Person oder durch Bevollmächtigte erfolgt.

Dann besagt uns die obenzitierte Bestimmung aber auch, dass der st. gallische ZP keinen Anwaltszwang kennt. Eine Ausnahme von dieser fakultativen Vertretung stellt der Gesetzgeber für diejenigen Parteien auf (Art. 78), die „offenbar unfähig" sind, ihre „Rechtssache gehörig zu führen". In diesen Fällen ist die Norm der Verbeiständung jus cogens. Das Gesetz führt aber keine Umschreibung der „offenbaren Unfähigkeit" an, da sie immer vom konkreten Fall bedingt ist.

Während das Gesetz die Wahl der Vertretung ins Belieben der Parteien stellt, stellt es andererseits die zwingende Norm auf, dass „vor den Vermittlerämtern und den Gerichtskommissionen die Parteien ihre Streitsachen selbst zu führen haben" (Art. 59, Abs. 2). Der Gesetzgeber hat sich bei Erlaß dieser Bestimmung von der Erwägung leiten lassen, dass der persönliche Parteivorstand weit häufiger eine Verhinderung des Prozesses durch Aussöhnen der Parteien ermögliche, als wenn sie durch Anwälte sich vertreten lassen, und dass solch' geringfügige Streitsachen, wie diejenigen, die in die Kompetenz der Gerichtskommissionen fallen, die Bestellung eines Anwaltes nicht rechtfertigen. Auch von dieser Regel wird eine Ausnahme gsmacht, indem das Gesetz (Art. 59 Abs. 3) bestimmt, dass „eine Partei, welche nicht im Gerichtsbezirke wohnt oder durch Krankheit, Militärdienst oder längere Abwesenheit am Erscheinen verhindert ist, oder das sechzigste Altersjahr angetreten hat", berechtigt ist, die Führung von Streitsachen auch vor diesen Instanzen einem gesetzlich zulässigen Vollmachtträger zu übertragen, wobei dieses Recht nach erfolgter Kenntnisgabe auch der Gegenpartei und allfälligen Intervenienten zusteht. Für die Kenntnisgabe ist keine bestimmte Form vorgesehen; sie kann daher direkt oder durch Vermittlung der betreffenden richterlichen Behörde erfolgen. Die Entscheidung über die Stichhaltigkeit des Gesuches um Zulassung des Beistandes liegt in der vermittleramtlichen Kompetenz und kann nicht mehr angefocht werden, sobald auf die Verhandlung

materiell eingegangen worden ist. In diesem Sinne hat auch das KG (1910/13) in einem Streitfalle entschieden. Der Beklagte hatte der Zitation entnehmen können, dass die Klägerin A auf Grund eines ärztlichen Attestes befugt sei, sich am Vermittlungsvorstand vertreten zu lassen und dass demzufolge auch ihm das gleiche Recht zustehe. Auf dieses Recht wurde der Beklagte auch am Vermittlungsvorstande vom Vermittler nochmals aufmerksam gemacht. Er erklärte jedoch, er vertrete sich selbst und erhob keine Einwendung gegen die Vertretung der Klägerin. Im schriftlichen Vorverfahren und an den Gerichtsschranken stellte er jedoch eine Uneinläßlichkeitseinrede, mit der Begründung, eine Vertretung der Klägerin beim Vermittlungsvorstande sei nicht zulässig gewesen. Er bestritt, dass das ärztliche Attest einen Beweis für den z. Z. der Verhandlung angeblich bestandenen Vertretungsgrund der Krankheit bilde. Das Bezirksgericht schützte die beklagtische Uneinläßlichkeitseinrede; das KG hat sie abgewiesen, wobei folgende Erwägungen den Ausschlag gaben: „Die Uneinläßlichkeitseinrede ist nicht stichhaltig, weil der Vermittler kompetent ist, endgültig zu entscheiden, ob ein ärztliches Attest einen genügenden Ausweis bilde für die Verhinderung der Partei, am Vermittlungsvorstand persönlich zu erscheinen." „Wenn er die Vertretung der Klägerin im Vermittlungsvorstande nicht hätte anerkennen wollen, so hätte die Anfechtung vor Vermittleramt erfolgen müssen". Da er dies nicht getan hat und in aller Form in die Vermittlungsverhandlung eingetreten ist und auf eine bezügliche Einrede verzichtet hat, kann diese nicht nachträglich im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden. Ebenso RK (1910/23), die die gleichen Vorschriften auch für die Rechtsschriften im gerichtlichen Vorverfahren, „die unter unzulässiger Vertretung eingereicht, aber durch die Gegenpartei nicht sofort beanstandet werden", angewandt wissen will. Sie entschied dahin, dass sie prozeßrechtlich nicht gültig seien; dass dagegen die disziplinarische Behandlung des Fehlbaren von Amtes wegen vorbehalten bleibe.

B. Vertreter.

Das Gesetz spricht von freigewählten Prozeßvertretern, die gemäß erhaltenem Auftrag der Partei, für diese handeln, im Gegensatz zu den gesetzlichen Vertretern der Handlungsunfähigen und Korporationen. Art. 59 stellt die Regel auf, dass

sich die Partei „vertreten und verbeiständen" lassen kann: Also Erscheinen eines Vertreters an Stelle der Partei und Erscheinen desselben neben der Partei.

Vertreter der Partei kann sein:

1. Jede dritte, in bürgerlichen Ehren und Rechten stehende Person kann in einem einzelnen Falle als Vertreter oder Beistand auftreten.

2. Insbesonders der Rechtsanwalt. Nach dem Gesetz für die Anwälte und Rechtsagenten im Kanton St. Gallen vom 14. März / 21. Mai 1901 steht das Recht zur berufsmässigen Führung von Zivil- und Strafprozessen zu: Handlungsfähigen Schweizerbürgern und -bürgerinnen, die vom KG den Befähigungsausweis erworben haben, der erteilt wird auf Grund abgelegter Prüfung.

Und in Ergänzung dieser Norm bestimmt Art. 77, dass „in allen Streitsachen, welche vor den Vermittlerämtern, den Bezirksgerichtspräsidenten und Gerichtskommissionen entschieden werden, mit Einschluß der Nichtigkeitsbeschwerde, sowie in sämtlichen summarischen Streitigkeiten, in Betreibungs- und Konkurssachen, die berufsmäßige Vertretung von Parteien, soweit solche zulässig ist [1]), nur solchen Personen gestattet ist, welche vom KG die Bewilligung zur Ausübung des Anwalts- und Rechtsagentenberufes besitzen". Daraus geht ipso jure hervor, dass Angestellte eines Rechtsbureaus, die nicht die Rechtspraktikantenbewilligung besitzen, solche Handlungen nur vornehmen dürfen gemäß ausdrücklicher und genau umschriebener Weisung des Inhabers des Bureaus oder dessen Stellvertreters. Die Praxis hat nun gezeigt, dass z. B. Banken in Betreibungs- und Konkurssachen Gläubiger vertreten. Das KG (1911/21) hatte diese Befugnis der Banken beschränkt auf dasjenige Vermögen, welches sie selbst in Verwaltung haben. Es ist dies eine Konvention gegenüber diesen Instituten, die für die Führung solcher Vertretungen in den meisten Fällen eigens hiezu angestellte Juristen haben. Die Erwägung, die das KG zu dieser Ansicht geleitet hat, ist die, dass das Erfordernis des Befähigungsausweises ein Schutz des Publikums sein soll gegen unfähige und unzuverlässige Personen, die sich als Vertreter anbieten; dass dieser Schutz aber gegenstandslos werde,

[1]) Dies trifft nicht zu im Verfahren vor Vermittleramt und Gerichtskommission.

wenn eine Person einer Bank schon ihr ganzes Vermögen anvertraut hat. Das KG ist noch weiter gegangen, indem es der Bank nicht nur das Recht, sondern geradezu die Pflicht auferlegt, in einem solchen Falle die zur Verwaltung des Vermögens gehörenden accessorischen Handlungen, wie Inkassi, etc., vorzunehmen.

Es erhebt sich überhaupt die Frage, welche Handlungen der Gesetzgeber unter den Begriff der „berufsmässigen Vertretung" subsummieren will. Er ist extensiv zu interpretieren, und zwar in dem Sinne, dass nicht nur das persönliche Auftreten vor Gericht, sondern auch die Vertretung im schriftlichen Verkehr und sodann, wie die Praxis in einer dem Zweck der Bestimmung entsprechenden Auslegung festgestellt hat, auch die Vorbereitung von Rechtsstreitigkeiten und die berufsmässige Erteilung von Konsultationen [2]) dazu gehört.

Die Norm des vorgenannten Art. 77 kann, der örtlichen Geltung des st. gallischen Zivilrechtspflegegesetzes entsprechend, ihre Wirkung nur auf dem Territorium des Kantons St. Gallen in der Weise äussern, dass die berufsmässige Vertretung von Parteien, z. B. in Betreibungs- und Konkursachen, vor den st. gallischen Behörden bezw. Beamten nur den patentierten Anwälten und Rechtsagenten zusteht, während die Vertretung von Personen ausserhalb des Kantons davon nicht berührt wird, selbst wenn der Vertreter im Kanton St. Gallen domiziliert ist und dort z. B. die schriftlichen Arbeiten, welche mit der Vertretung von Personen vor ausserkantonalen Behörden verbunden sind, besorgt. In diesem Sinne hat das KG (1905/25) entschieden. Zu einer weitern Ausdehnung des Inhaltes dieser Bestimmung bietet der Wortlaut derselben keinen Anhaltspunkt; auch Gesichtspunkte des Art. 31 BV. und des Art. 27 des eidgenössischen Betreibungsgesetzes sprechen gegen eine extensive Interpretation.

[2]) Bezüglich dieser hat das KG (1925/8) dahin entschieden, daß als solche regelmäßig diejenige zu betrachten sei, welche entgeltlich sei. „Entgeltlich" ist nun aber nicht nur ein solcher Auftrag, bei welchem die Entgeltlichkeit vereinbart ist, sondern jeder Auftrag, welcher gewohnheitsmäßig als entgeltlicher erscheint, sofern die Entgeltlichkeit nicht ausgeschlossen wurde (OR. Art. 394 Abs. 3). Es ist also nicht maßgebend, ob der Berechtigte kein Entgelt fordere, sondern, ob nach den Umständen der Auftraggeber desselben annehmen mußte, er sei zur Leistung eines Entgeltes pflichtig.

Prozeßvollmacht.

Eine eigenartige Regelung hat die Normierung der Vollmachten im g. R. erfahren, indem dieses bestimmt, dass der nichtberufsmässige Vertreter, sofern er nicht als gesetzlicher Vormund handelt, zur gültigen Vornahme von gerichtlichen Handlungen einer schriftlichen Vollmacht bedürfe, während „diejenigen Rechtsanwälte und Rechtsagenten, welche die Bewilligung des KG zur Berufsausübung besitzen, als Vollmachtträger der Parteien, für welche sie handeln, gelten" (Art. 75).

Den Standpunkt, dass der berufsmässige Prozeßvertreter keines Ausweises der Vollmacht bedürfe, dass die letztere ohne weiteres vermutet wird, finden wir einzig im st. gallischen ZP. Heusler (S. 83) z. B. stellt die feste Forderung auf, dass die als Vertreter der Parteien sich dargebenden und gerierenden Personen gehörig bevollmächtigt sein müssen. Jene Normierung der Vollmachten kann in der Praxis zu geheuren Verwirrungen führen. Wenn das Gesetz für den Anwalt keine Vollmachtserklärung vorsieht, so hat der Gesetzgeber hier nur die Schriftlichkeit derselben berührt.

Rechtlich stellt dieser Artikel eine Präsumtion der Vertretungsbefugnis der Anwälte nach außen, speziell gegenüber den Gerichten, auf, wobei im Streitfalle die Richtigkeit dieser Annahme durch Vornahme bezw. Ausweis der Vollmachtserteilung zu erhärten ist. Für das innere Verhältnis zwischen Anwalt und Klient, d. h. für die Frage, ob dem Anwalt wirklich ein Auftrag erteilt worden ist, kommt Art. 75 nicht in Betracht, vielmehr die Normen des OR., die den Auftrag regeln.

Aus den oben angeführten Mängeln ist es nur zu begrüßen, wenn der ZP wenigstens in den Fällen der nichtberufsmässigen Vertretung eine schriftliche Vollmacht erfordert.

Hinsichtlich der Prozeßhandlungen, welche ohne Vollmacht vorgenommen worden sind, sowie die darauf gestützten richterlichen Verfügungen und Entscheide sieht das g. R. deren Nichtigerklärung vor, unter Verurteilung des vorgeblich Bevollmächtigten zu sämtlichen Prozeßkosten, sowie zum Ersatz allfälligen Schadens. Die kantonsgerichtliche Rechtsprechung (1919/6) hat die Nichtigerklärung in der Weise geregelt, dass die Nichtigkeit nach Sinn und Zweck der angeführten Bestimmung nur da eintritt, wo der Vertreter die Prozeßhandlung gegen den Willen der von ihm vertretenen Partei vornimmt, nicht

aber, wenn der Vollmachtsausweis aus äußern Gründen nicht beigebracht, nachträglich aber doch herbeigeschafft wird. Im letzteren Falle ist der Beweis als erbracht anzusehen, dass die vertretene Partei mit der Prozeßhandlung des Anwalts einverstanden war und daher ein Grund für die Nichtigkeit, welche der Gesetzgeber zum Schutze der Parteien vorsehen wollte, fehlt.

Immerhin ist im Kostenpunkte zu berücksichtigen, dass der Anwalt einer Partei nach Maßgabe der waltenden Verhältnisse, speziell im Auslandverkehr, die Pflicht hat, für den Ausweis der streitigen Vollmacht so zeitig sich umzusehen, dess ihn ein Verschulden nicht treffen kann. Darauf hat die Gegenpartei Anspruch.

C. Die Streitgenossenschaft.

„Mehrere Personen können gemeinsam klagen oder als Beklagte belangt werden" (Art. 60), wenn das streitige Recht oder die streitige Verpflichtung ihnen gemeinsam zukommt (Streitgenossenschaft), oder wenn sie aus denselben tatsächlichen und rechtlichen Gründen berechtigt und verpflichtet sind (subjektive Klagenhäufung). Sie ist also die formale Verbindung mehrerer Rechtsstreitigkeiten oder Klagen zu einem äusserlich einheitlichen Verfahren. Es liegen gleiche Rechtsansprüche im Streite, die sich im wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen. Trotz der formalen Einheit liegen so viele Einzelprozssse vor, als Parteien auf der einen oder andern Seite vorhanden sind. Während nach Art. 243 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes und Art. 60 der DZPO das Vorliegen gleichartiger Rechtsansprüche für die Zulässigkeit der subjektiven Klagenhäufung genügt, spricht Art. 60 des st. gallischen ZP von „denselben" rechtlichen Gründen. Er geht also in dieser Hinsicht weniger weit als die angeführten Gesetze.

Es bestimmt im weitern, dass mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden können, wenn für sämtliche Ansprüche das angerufene Gericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist (objektive Klagenhäufung). Die Bestimmung, wonach bei der objektiven Klagenkumulation die Zuständigkeit des Gerichts für jeden einzelnen Anspruch begründet sein muß, ist nichts anderes als eine Folgerung aus der prozeßrechtlichen Konstruktion der

Klagenhäufung. In der Praxis ist nun leicht der Fall möglich, dass eine unzulässige Klagenkumulation erfolgt. Da wird es sich darum handeln, bei unzulässiger Klagenverbindung zu prüfen, ob wenigstens ein Anspruch vor zuständiger Instanz und in richtigem Verfahren geltend gemacht und durchgeführt worden ist. Trifft dies zu, so kann vernünftigerweise der Entscheid nur in der Richtung liegen, dass dieser Anspruch zugelassen und lediglich der fälschlich mit ihm verbundene zurückgewiesen wird.

Als Kompensation der richterlichen Befugnis zur Verfügung der Klagenverbindung (Art. 60 Abs. 2) gibt der Gesetzgeber auch eine solche der Klagentrennung, sobald sich Nachteile herausstellen. Eine solche, von der ersten Instanz erlassene Verfügung ist nicht appellabel; denn sie qualifiziert sich nicht als ein nach Art. 302 durch Appellation weiterziehbares Erkenntnis, sondern als ein Beschluß, als eine prozeßleitende Verfügung, die nur wegen Rechtsverweigerung mit einer Beschwerde nach Art. 336 angefochten werden könnte, falls die materiellen Voraussetzungan für eine solche gegeben sind. Ob eine Verbindung mehrerer Rechtsstreitigkeiten zulässig ist, betrifft nicht ohne weiteres den einzelnen der vereinigten Prozesse, sondern das Verhältnis dieser zueinander. Von der Zulässigkeit der Verbindung hängt es ab, ob die Klagen gemeinschaftlich angehoben werden können und die besonderen Wirkungen der vereinigten Prozesse auszulösen vermögen.

Alle, die mit andern ein gemeinsames Recht ansprechen können — ausgenommen ist der Fall der Solidarität —, jedoch unbeachtet der Vorladung am Prozesse keinen Anteil nehmen, werden so betrachtet, als hätten sie zu Gunsten der obsiegenden Partei auf ihre Ansprüche verzichtet. Durch diese Norm des Art. 63 hat der Gesetzgeber wohl nur eine Präsumtion geschaffen, welche jedoch durch eine ausdrückliche, anderslautende Erklärung des Betreffenden zerstört werden könnte.

D. Die Intervention.

In einen hängigen Prozeß können sich Dritte in verschiedener Weise einmischen:

a) Der Dritte beansprucht den Streitgegenstand unter Negierung der Parteien für sich (Hauptintervention, Art. 65).

b) Der Dritte schließt sich einer Partei an, um dieser zum Schutze des Begehrens zu verhelfen, und zwar entweder aus

freier Entschließung (Nebenintervention, Art. 66), oder auf erfolgte Aufforderung hin (Streitverkündung, Art. 68).

Der Dritte kann sogar ganz an Stelle der bisherigen Parteien treten.

Intervention ist aus allgemeinen Gesichtspunkten nicht zulässig, wenn der Intervenient öffenrechtliche Forderungen geltend machen will, deren Entscheidung Sache der Administrativbehörden ist.

1. Die Hauptintervention.

Durch die Hauptintervention entsteht ein neuer Prozeß des Hauptintervenienten gegen die beiden bisherigen Parteien. Art. 65 bestimmt, dass „eine Drittperson, welche an dem Streitgegenstand ein besseres, beide Parteien ganz oder teilweise ausschliessendes Recht zu haben glaubt, bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreites befugt ist, ihren Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend zu machen, vor welchem der Rechtsstreit erstinstanzlich anhängig gemacht wurde". Das besagt ein Vielfaches:

Voraussetzung der Hauptintervention ist, dass ein Prozeß zwischen anderen Personen beim Gerichte anhängig ist, also noch nicht erledigt ist und dass der Hauptintervenient die Sache oder das Recht, das im Streite liegt, für sich beansprucht. Aus der Litispendenz der Streitsache und dem Wortlaut des Gesetzes, das besagt, dass sie „bis" zur rechtskräftigen Entscheidung geltend gemacht werden muß, folgt, dass sie an kein bestimmtes Stadium des Prozesses gebunden ist, dass sie lediglich vor Erlaß des rechtskräftigen Erkenntnisses gerichtlich anhängig zu machen ist; nachher kann dieser neue Ansprecher seine Klage demnach wohl nur gegen denjenigen geltend machen, dem das Streitobjekt zugesprochen ist. Die gesetzgeberische Umschreibung der „rechtskräftigen Entscheidung" ist dabei dahin zu interpretieren, dass darunter ein endgültiges Erkenntnis zu verstehen ist, d. h. ein solches, gegen das keine weitere Berufung mehr möglich ist. Deshalb ist also die Intervention auch dann noch zulässig, wenn das Bezirksgericht sein Urteil bereits gefällt hat, die Streitsache aber dem Berufungsverfahren unterworfen wurde. Dann ist die Hauptintervention bei demjenigen Gerichte anhängig zu machen, das den Rechtsstreit erstinstanzlich behandelt hat, und zwar verlangt das Gesetz, dass dies in einer selbständigen, gegen beide Parteien gerichteten

Klageschrift geschehe. Das geht schließlich auch daraus hervor, dass nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 65 die Hauptintervention bei der ersten Instanz geltend zu machen ist, nicht schlechthin bei derjenigen, bei welcher des Prozeß der Hauptparteien zur Zeit der Anhebung der Hauptintervention anhängig ist. Die gleiche Auffassung ergibt sich auch daraus, dass nach Art. 65 Abs. 2 dasjenige Gericht, bei welchem der Hauptprozeß anhängig ist, bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Interventionsklage die Hauptklage sistieren hann. Damit ist gegeben, dass auch bei der Hauptintervention alle Voraussetzungen einer selbständigen Klage erfüllt sein müssen, mit der einzigen Ausnahme, dass — das Gesetz sagt, dass die Hauptintervention beim Gerichte erster Instanz anhängig zu machen ist — von der Abhaltung eines besonderen Sühneverfahrens Umgang genommen werden kann [3]). Es besteht kein Anlaß, hinsichtlich der Erfordernisse der Hauptintervention von den allgemeinen Klageerfordernissen weiter abzugehen, als der Wortlaut des Art. 85 dies verlangt [4]).

Das Gericht hat bei der Einleitung der Intervention den Anspruch des Hauptintervenienten nicht auf seine materiellrechtliche Natur hin zu prüfen, sondern lediglich zu untersuchen, ob formell die Voraussetzungen für eine Hauptintervention vorhanden sind.

---

[3]) Diese Auffassung der Hauptintervention als selbständige Klage entspricht der Ausgestaltung auch in anderen Prozeßrechten, im zürcherischen Rechtspflegesetz (Art. 244), in der DZPO (Art. 64) und dem früheren st. gallischen Prozeßrecht.

[4]) Das KG (1907/7) hatte einen Fall zu entscheiden, wo der in den Streit gerufene Litisdenunziat C in der Duplikschrift die Erklärung abgegeben hatte, daß er am Prozesse auch als Hauptintervenient teilnehme. Es wies die Interventionsklage mangels formeller Voraussetzungen, daß sie nämlich gegen beide Parteien im Hauptprozeß zu richten sei, ab, da der Hauptintervenient als solcher überhaupt kein Rechtsbegehren gestellt, sondern nur erklärt hat, als Hauptintervenient am Prozesse teilnehmen zu wollen, eine Erklärung, welche offenbar auf einer Verwechslung der Begriffe beruht. „Es geht nicht an, das vom Litisdenunziaten in Verkennung seiner Parteistellung gegen die Beklagte gestellte Begehren um Verurteilung derselben gegenüber ihm nun ohne weiteres als gegen die Kläger gerichtet anzusehen, da nach Art. 189 Ziff. 2 ein Rechtsbegehren ausdrücklich zu bezeichnen ist und Kläger im Hauptprozeß auch nie als Beklagte des Hauptinterventionsprozesses genannt und belangt würden". Daher waren die Voraussetzungen der Hauptintervention nicht gegeben.

2. Die Nebenintervention.

Durch diese gibt der Gesetzgeber einem Dritten die Möglichkeit, sich einer Partei anzuschliessen, um dieser „zum Siege zu verhelfen" [5]), gleichviel, „ob die unterstützte Partei es wünscht oder nicht" [6]). Die Voraussetzung ist wie bei der Hauptintervention die der Litispendenz eines Rechtsstreites. Dann fordert Art. 66 Abs. 1 den Nachweis eines „rechtlichen Interesses" am Ausgang des Prozesses, das auf einer rechtlichen Beziehung des Dritten zur Partei beruht. Demnach legitimiert ein bloß ökonomisches Interesse eine dritte Person nicht, um dem Parteiprozeß als Nebenintervenient beizutreten; z. B. das Interesse des Gläubigers einer Partei daran, dass diese in einem Prozesse obsiege, oder das Interesse des bei einer Gesellschaft am Reingewinn Beteiligten am Obsiegen der Gesellschaft. Erforderlich ist vielmehr, dass die Rechtslage des Nebenintervenienten durch den Prozeßgang beeinflußt wird, was z. B. dann der Fall ist, wenn die Abweisung des zwischen den Hauptparteien streitigen Anspruches eine Verpflichtung des Intervenienten zur Entstehung bringt [7]).

Bezüglich des Zeitpunktes der Geltendmachung der Nebenintervention gilt per analogiam das von der Hauptintervention Gesagte.

Aus der Norm des Art. 76 Abs. 1, die bestimmt, dass der Nebenintervenient den Prozeß „in der Lage annehmen muß, in der er ihn findet", geht hervor, dass die Nebenintervention bei derjenigen Instanz anhängig zu machen ist, bei welcher der Parteiprozeß z. Zt. der Geltendmachung pendent ist. Daraus folgt ipso jure, dass die einfache Erklärung gegenüber dem Gerichte genügt, worauf das Gericht durch Beschluß auf Grund der eingereichten Akten und in der Regel ohne weiteres Beweisverfahren, über die Zulässigkeit der Intervention entscheidet. Wenn das rechtliche Interesse dargetan ist, dann kann die Nebenintervention nicht abgelehnt werden. Dieses ist vom Intervenienten lediglich wahrscheinlich zu machen, ohne dass in der Regel ein strikter Beweis zu erbringen ist. Art. 67 Abs. 3 räumt ihm die Befugnis ein, den Prozeß selbst fortzu-

5) Sträuli, S. 41.
6) Scherrer-Füllemann, Kom. zu Art. 66, Anm. 1.
7) Vgl. Gaupp-Stein, I. Bd. S. 188.

setzen, oder Rechtsmittel zu ergreifen, wenn die Partei darauf verzichtet. Dieses Recht steht ihm nicht zu, wenn die Partei die Klage oder das Urteil ausdrücklich anerkennt; ebenso bindet ein durch die Partei abgeschlossener Vergleich auch den Nebenintervenienten. Im Fall der Fortsetzung des Prozesses tritt er an die Stelle einer Partei, sonst aber kommt ihm keine selbständige Stellung im Prozesse zu. Er tritt lediglich an die Seite der Partei, als deren Gehilfe. Deshalb kann er nicht verlangen, dass wegen seines Eintrittes ein Teil des Verfahrens wiederholt werde; ebenso ist er an das für die Partei geltende Verfahren gebunden. Da er auch im Falle der Übernahme des Prozesses nur an die Stelle der Partei tritt, ist er an deren Klagebegründung gebunden und kann diese nicht durch eine neue ersetzen.

Er ist berechtigt, die Vorträge und Beweisführungen der Partei, soweit er es für notwendig findet, zu ergänzen, wobei das Gesetz diesen Ergänzungen die Kraft beimißt, als wären sie von der Hauptpartei selbst erklärt, soweit sie von ihr nicht ausdrücklich bestritten oder durch schlußfähige Handlung abgelehnt werden. Deshalb sind Prozeßhandlungen und Ausführungen des Nebenintervenienten in ihrer Wirkung bedingt durch das Verhalten der Partei. Er kann selbständig Einreden stellen, aber Zugaben, die die Partei macht, sind auch für ihn relevant und das Gesetz gibt ihm, wegen seiner Nebenstellung, keine Möglichkeit der Protestation gegen diese.

3. Die Streitverkündung.

Der ZP stellt neben die dem freien Willen des Intervenienten anheimgestellte Erklärung der Intervention auch ein Institut, das durch das erklärte Wollen der Parteien bedingt und bestimmt wird: Die Streitverkündung. Sie ist die Aufforderung der Partei an einen Dritten zur Teilnahme am Prozeß. Die Litisdenunziation bedeutet nach st. gallischem Prozeßrecht die Annahme eines rechtlichen Interesses des Streitverkünders, das nach Art. 68 vorhanden ist, wenn er sich zum Regreß gegen den Dritten berechtigt glaubt. Hier hat sich der Gesetzgeber eine Unvollkommenheit zu schulden kommen lassen. Der Dritte kann nach andern Prozeßordnungen und nach der st. gallischen Gerichtspraxis auch dann in den Streit gerufen werden, wenn die Partei den Anspruch des Dritten befürchtet; denn auch die Folgen dieser Gefahr sind dem Begriffe des „rechtlichen Interesses" zuzuordnen.

Der Wortlaut des Art. 68 Abs. 1, nach dem die Partei „unberechtigt" ist, einen Dritten zur Teilnahme am Prozesse zu veranlassen, läßt die Vermutung zu, dass diese Berechtigung auf der andern Seite eine Pflicht des Dritten hervorruft. Das hat einerseits nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen und ist andrerseits auch von der Praxis negiert worden. Im thurg. ZP begegnen wir in Art. 41 Abs. 3 einer Bestimmung, dass „der Litisdenunziant, der sich nicht am Prozesse beteiligt, das Recht verliert, der gegen ihn erhobenen Rückgriffsklage die Einrede der ungenügenden Prozeßführung entgegenzustellen, soweit die mangelhafte Prozeßführung in der Versäumung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln bestand, welche er dem Litisdenunzianten zu verschaffen die Pflicht gehabt hätte". Eine analoge Bestimmung vermißt der Rechtssuchende im st. gallischen Recht. Wir müssen sie daher dem Grundsatz, dass ausser der Provokation niemand zur Beteiligung an einem Rechtsstreite gezwungen werden kann, entnehmen.

Dem Dritten räumt das g. R. das gleiche Recht gegenüber anderweitigen Regreßpflichtigen bezw. Berechtigten ein.

Dem Litisdenunziaten stehen, wenn er Nebenintervenient wird, die Rechte eines Nebenintervenienten zu, sodass er also nicht zur selbständigen Prozeßpartei wird. Der Hauptzweck seines Daseins liegt in der Vermeidung einer Einrede in einem allfälligen spätern Prozeß zwischen Aufforderer und Aufgefordertem, dahingehend, ersterer habe den vorausgehenden Prozeß nicht richtig geführt.

Die Streitverkündung kann — auch dies schreibt das Gesetz nicht vor — nicht von der Partei direkt an den Dritten ergehen. Eine solche hätte die in Art. 70 und 71 erwähnten formellen und materiellen Wirkungen nicht. Wie bei der Nebenintervention ist sie bei dem Präsidenten desjenigen Gerichts, bei dem der Prozeß anhängig ist, oder in den Prozeßschriften, anzumelden. Eine Prüfung der materiellen Voraussetzungen der Streitverkündung und eine Beschlußfassung darüber ist nicht vorgesehen. Dem Gesuche ist stattzugeben, wenn die formellen Voraussetzungen gegeben sind [8]).

Die Beteiligung oder Nichtbeteiligung des Aufgeforderten am Prozeß berührt die materiellen Rechtsbeziehungen zwischen

[8]) Sträuli, Kom. Art. 43, Anm. 1.
Böckli, Kom. Art. 39, Anm. 51.

Litisdenunziant und Litisdenunziat im allgemeinen nicht. Diese sind, unabhängig vom Prozeßrecht, nach den entsprechenden zivilrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Das Urteil wirkt deshalb auch nicht direkt für oder gegen den Litisdenunzianten oder Litisdenunziaten [9]). Eine Unterlassung der Streitverkündung hat deshalb auch keinen Ausschluß des Rückgriffsrechts zur Folge (Art. 69). Sie berechtigt lediglich zur Einrede, dass der Prozeß bei rechtzeitiger Streitverkündung einen günstigeren Ausgang genommen hätte und insbesonders, dass er durch unsorgfältige Führung verloren gegangen sei. Beweispflichtig ist der Gewährpflichtige. Aber auch bei Streitverkündung bleibt die Partei zur sorgfältigen Prozeßführung verpflichtet. Mangelnde Sorgfalt kann vom Gewährpflichtigen, soweit sie nicht von ihm selbst zu verantworten ist, geltend gemacht werden, selbst wenn er der Streitverkündung keine Folge geleistet hat [10]).

Wenn der Litisdenunziant den angehobenen Prozeß nicht mehr fortführen will, so kann der Litisdenunziat innert einer vom Richter angemessen anzusetzenden Zeit sich zur Fortführung des Prozesses auf eigene Kosten entschliessen (Art. 72). Er tritt an dessen Stelle, doch wird das Urteil auf den Namen des Streitverkünders ausgestellt. Dies gilt nicht nur hinsicht-

---

9) Mit Ausnahme des Art. 50 BG. betr. den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen, sowie des Art. 93 OR., wo bei rechtzeitiger Streitverkündung eine direkte Wirkung des Urteils auf den Gewährspflichtigen bundesrechtlich vorgesehen ist (vgl. Schurter und Fritzsche S. 492, Sträuli Kom. Art. 45 Anm. 1). Diese Wirkung kann sich natürlich nicht darin äussern, daß das Urteil unmittelbar gegen den Gewährspflichtigen vollstreckbar ist; denn er ist nicht Partei und das Urteil ergeht nicht auf seinen Namen. Aber es ist für die Geltendmachung der Gewährspflicht präjudizierend. Das zu Art. 193 OR. Gesagte muß auch für den in Art. 258 und 280 OR vorgeschriebenen Beitritt auf Grund erfolgter Streitverkündung gelten. Auch hier kann es sich nur um eine durch Streitverkündung bewirkte Intervention handeln, trotzdem das Gesetz im Gegensatz zu Art. 193 OR. von einer Übernahme des Rechtsstreits spricht. Eine solche Übernahme der Parteirolle ist nach den im ZP enthaltenen Grundsätzen nicht einseitig, sondern nur mit Zustimmung des Prozeßgegners möglich. Offenbar will das OR. in diese prozessualen Verhältnisse und Begriffe nicht eingreifen, sondern lediglich die materiellrechtlichen Beziehungen zum Gewährspflichtigen regeln. Art. 258 und 280 OR. können also nur die Bedeutung haben, daß der Gewährspflichtige für die Führung und die Folgen des Prozesses verantwortlich ist.

10) KG 1912/10.

lich der Hauptsache, sondern auch hinsichtlich der Kosten; denn der Entscheid über den Kostenpunkt bildet nach Art. 116 Ziff. 8 einen wesentlichen Bestandteil des Urteils. Der gesetzgeberische Grund für diese Regelung des Verhältnisses liegt offenbar darin, dass im Falle, wo eine Hauptpartei der Nebenpartei den Prozeß zur Weiterführung überläßt, die Hauptpartei ihrerseits der Gegenpartei gegenüber nicht eine vorbehaltlose Anerkennung des Rechtsbegehrens zugestehen, sondern die letztere dadurch auch zwingen will, eventuell auf die entsprechende Gegenerklärung des Litisdenunziaten mit diesem den Prozeß fortführen müssen. Damit ist ohne weiteres gegeben, dass die Erklärung gemäß Art. 72 das Rechtsbegehren der Gegenpartei nicht gegenstandslos macht, wie es im Falle einer Klageanerkennung zutreffen würde. Insofern hat der Streitverkünder die durch das Verhalten des Litisdenunziaten erwachsenen Kosten verursacht. Angesichts des Unterliegens seines Parteistandpunktes ist daher der Litisdenunziant im Sinne von Art. 94 und 96 zur Tragung der Kosten pflichtig. Dagegen ist ihm der Regreß auf den Litisdenunziaten zu eröffnen, da lediglich das Verhalten des letzteren dem Begehren der Gegenpartei im Wege steht.

II. Abschnitt.

Prozeßordnung.

§ 10.

Allgemeine Grundsätze des Verfahrens.

1. Beschränkte Verhandlungsmaxime.

Der st. gallische ZP steht auf dem Boden der Verhandlungsmaxime, doch ist diese, wie schon aus dem Titel dieses Abschnittes hervorgeht, keine unbeschränkte, sondern eine durch Gesetz beschränkte. Dass er unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime steht, wird im Gesetze nicht durch einen doktrinären, absoluten Satz ausgesprochen, wird aber zur lex scripta, wo die Bestimmungen die hauptsächlichsten Sätze enthalten, in denen die Verhandlungsmaxime in Erscheinung tritt. „Der Begriff der Verhandlungsmaxime ist der doktrinäre Ausdruck der Verfügungsfreiheit der Parteien über ihr materielles Recht" [1]). Mit der Verhandlungsmaxime bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass es dem Parteiwillen anheimgestellt ist, eine Sache dem Richterspruche zu unterwerfen, den Umfang des Streites zu bestimmen, den Zeitpunkt der Geltendmachung zu fixieren, Beweismittel zu produzieren. „Da leitet der Richter nur ihre, der Parteien Verhandlung, nimmt nicht Anteil an der Beschaffung des Prozeßstoffes durch die Parteien" [2]). Die Verhandlungsmaxime bedeutet also die Anerkennung der Tatsache, dass der Prozeß zunächst, soweit es das Verhältnis der Parteien betrifft, in einem kontraktähnlichen Verhandeln unter denselben besteht, das unter die Entscheidung des Richters gestellt ist [3]).

Das läßt sich durch die Norm des Art. 109 Abs. 1 ableiten, der bestmmit, dass der Richter „seine Entscheidung in tatsächlicher Hinsicht nur auf die Sachdarstellung der Parteien und die Ergebnisse des Beweisverfahrens zu stützen" hat. Daraus folgt ipse jure, dass tatsächliche Behauptungen und Einreden

[1]) Häusler, S. 93.
[2]) Häusler, S. 93/94.
[3]) Häusler, S. 94.

nicht von amteswegen ergänzt werden dürfen. Diese aus der Verhandlungsmaxime herausfliessende Gebundenheit des Gerichts an den Antrag und Vortrag der Parteien hat der st. gallische ZP aus der romanischen Jurisprudenz und der gemeinrechtlichen Theorie entnommen und auf die drei Sätze gegründet:

1. „Judex ne procedat ex officio", d. h. zur Anleitung im Ganzen bedarf es des Antrages der Parteien. Das besagt, dass das Gesetz kein Verfahren von amteswegen anerkennt.

2. „Quod non est in actis, non est in mundo", d. h. Gegenstand der richterlichen Prüfung ist nur das, was die Parteien zu dem Zweck an Tatsachen und Beweisen in den Verhandlungen bezw. im Vorverfahren angetragen haben: Keine Vermehrung des Prozeßstoffes von amteswegen.

3. „Judex ne eat ultra petita partium", d. h. Gegenstand der richterlichen Prüfung und Entscheidung ist nur das, was die Parteien geprüft und entschieden haben wollen: Keine Einfügung fehlender oder Ergänzung mangelhafter Anträge von amteswegen.

Wir haben von einer „beschränkten Verhandlungsmaxime" gesprochen, weil das Gesetz von der Verhandlungsmaxime der formalistischen gemeinrechtlichen Theorie drei Abweichungen geschaffen hat. Es dind dies:

a) In Ehe-, Vormundschafts- und Vaterschaftssachen und in weitern Fällen, in welchen das Bundes- oder kantonale Recht das Untersuchungsverfahren vorschreibt, ist der Richter nicht an die Sachdarstellungen der Parteien gebunden, sondern hat sich hier von der materiellen Wahrheit von amteswegen zu überzeugen.

b) Ausnahmsweise kann der Richter an die Parteien Fragen stellen, soweit dies zur Klarlegung ihrer Anbringen in tatsächsächlicher Hinsicht notwendig ist (Art. 213).

c) Die Gerichte und ihre Präsidenten sind in allen Fällen befugt, zu veranlassen, dass die Parteien sowie ihre Angestellten und Arbeiter, die über den Streitpunkt Aufschluß erteilen können, persönlich erscheinen.

2. Offizialmaxime.

Der Prozeß ist mehr als ein bloßes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien: er ist ein öffentliches Rechtsverhältnis zwischen

dem Gerichte und den Parteien [4]). Das gerichtliche Verfahren vollzieht sich nach bestimmten, obrigkeitlich sanktionierten Normen. Die Gerichte sind die staatlichen Organe, die sie beobachten und dafür zu sorgen haben, dass es beobachtet wird. Die Parteien haben keinen Einfluß auf die formelle Gestaltung des Verfahrens.

Die Leitung des Verfahrens liegt dem Richter ob. Er hat von amteswegen dafür zu sorgen, dass die gesetzlichen Vorschriften und richterlichen Anordnungen beobachtet werden und der Streit möglichst rasch und ohne erhebliche Kosten seine Erledigung finde.

Das Interesse an einer guten Rechtspflege ist auch Interesse an einem guten Prozeßverfahren und ist öffentliches Interesse. Dafür, dass ihm nachgelebt werde, ist eine Garantie notwendig. Die Parteien bieten eine solche nicht. Die Garantie liegt im Richteramt und der damit verbundenen Prozeßgewalt. Der Richter ist nicht nur da, um den Spruch zu fällen, sondern auch dazu, um dafür zu sorgen, dass das dem Entscheid vorangehende Verfahren geordnet und sich in den von der Zivilprozeßgebung gesetzten Schranken bewege; d. h. dass nicht Parteiwillkür den Prozeß in seinem formellen Gange und seiner Durchführung beherrscht, sondern das Verfahren so beobachtet wird, wie es vorgeschrieben ist.

Das Kriterium, das die Gewalten der Parteien und des Richters auseinanderhält, kann auf folgende Formel gebracht werden: Die Parteien beherrschen das, was sie zur Geltendmachung und Wahrung ihres Rechts zu tun haben; das richterliche Prozeßleitungsamt umfaßt das, was die prozessuale Behandlung dieses Rechts erfordert.

Das Recht der Parteien, über den materiellen Prozeßstoff zu disponieren, legt dem Richter die Beschränkung auf, nicht über die Begehren der Parteien hinauszugehen (Art. 111).

3. Beweiswürdigung.

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, zu dem sich das st. gallische Gesetz bekennt, hat die autorative Stellung des Richters in hohem Maße verstärkt. Aber die Beweiswürdigung darf kein Akt der Willkür sein. Subjektive Einwirkungen

[4]) Wach, S. 411.

sind darum nach Möglichkeit auszuschalten. Sie gefährden die sachliche Würdigung und bringen die Unparteilichkeit ins Wanken. Die Würdigung der Beweise soll objektiv sein; die Garantie hiefür bildet die Anbringung der Gründe, die für die Fällung des richterlichen Urteils mitbestimmend waren. Sie ist unerläßliche Voraussetzung zur Überprüfung der Beweiswürdigung.

Das st. gallische Gesetz sagt, dass der Richter in der Würdigung der Beweise nur an seine Überzeugung gebunden ist (Art. 110). Daraus ist zu schliessen, dass eine bestrittene Tatsache nur durch förmlichen Beweis als sicher angenommen werden darf. Aus der freien Beweiswürdigung folgt nicht, dass der Richter einen Beweisantrag über eine an sich erhebliche Tatsache ablehnen darf, wenn nach seiner Meinung der beantragte Beweis nicht geleistet werden könnte. Der Richter soll die Beweise unter Berücksichtigung aller in der Verhandlung zu Tage getretenen Momente würdigen. Diese Bestimmung „bringt dem Richte das Recht der freien Beweiswürdigung und die Möglichkeit, seinen Entscheid auf ein nach allen Richtungen vollständiges Beweismaterial stützen zu können. Die materielle Wahrheit, welche der Richter unbeeinflußt durch beengende Formvorschriften, nach gewissenhafter Prüfung der von den Parteien vorgebrachten Beweise gefunden hat, soll zu iherm Rechte gelangen" (Botschaft des Regierungsrates vom Juni 1894, S. 10/11).

4. Öffentlichkeit.

Öffentlich ist die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Mit Ausnahme des Verfahrens vor Vermittler umfaßt die Öffentlichkeit die Gerichte aller Ordnungen und Instanzen, einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse desselben.

Von dem Prinzip der Öffentlichkeit sind ausgeschlossen: Die Verhandlungen über Ehestreitsachen, Vaterschaftsklagen, sowie Fälle, deren öffentliche Verhandlung das Sittlichkeitsgefühl verletzen könnte (Art. 105).

Die Vorschriften über Öffentlichkeit der Zivilrechtspflege sind im öffentlichen Interesse gegeben. Sie sind folglich von Vereinbarungen und Verzicht der Parteien unabhängig.

§ 11.

Das ordentliche Verfahren.

A. Allgemeine Bestimmungen.

1. Vermittlungsvorstand.

Die Klage ist Prozeßbeginn [1]). Da die DZPO ein Sühneverfahren in „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" nicht kennt, fällt der Prozeßbeginn auf dem Geltungsbereich des deutschen Rechts mit der Anbringung der förmlichen Klage beim kompetenten Gerichte zusammen. Anders liegen die Verhältnisse auf dem st. gallischen Rechtsgebiet, wo der Anhängigmachung der Klage beim zuständigen Gericht ein für die Streitparteien obligatorisches Sühneverfahren vor Vermittleramt vorauszugehen hat (Art. 124). Nach st. gallischem Prozeßrecht bildet das Verfahren vor Vermittleramt einen integrierenden Bestandteil des ordentlichen Verfahrens, was schon aus der Systematik des Gesetzes hervorgeht; denn die Vorschriften, durch welche das Sühneverfahren geregelt wird, finden sich unter dem die Überschrift „Das ordentliche Verfahren" tragenden Abschnitt [2]).

---

[1]) Wach, S. 41.

[2]) Häusler mißt dem Vermittlungsverfahren nur vorbereitende Bedeutung bei, das nicht „ein Teil des eigentlichen Verfahrens" ist. Anders ist dies jedoch im st. gallischen ZP. Weil dieser das Sühneverfahren dem ordentlichen Verfahren einordnet, ist es nicht nur „Vorbereitung", sondern Bestandteil desselben. Dahin hat sich auch die kantonsgerichtliche Rechtssprechung entschieden (1910/2), in einem Streitfalle, der die obenerwähnte Abweichung des st. gallischen ZP von der DZPO zu Tage treten läßt.

Der in St. Gallen wohnhafte Kläger, der mit der allgemeinen Renten-, Kapital- und Lebensversicherungsbank „Teutonia" in Leipzig einen Versicherungsvertrag abgeschlossen hatte, erlitt einen Unfall, worauf er die Gesellschaft um den ihm daraus entstandenen Schaden anging. Da sich die Parteien nicht einigen konnten, kam es zum Prozesse. Vor Gericht stellte die beklagtische Gesellschaft die Uneinläßlichkeitseinrede, weil die Klage nicht innerhalb eines Jahres nach erfolgtem Unfall mittels „förmlicher Klage vor das kompetente Gericht" gebracht worden sei, wie dies in § 25 der Versicherungsbedingungen vorgesehen war. Die Beklagte bestritt die Erfüllung dieser Bedingung, weil der Kläger seinen Anspruch nicht innert der gesetzten Jahresfrist vor das zur Beurteilung desselben kompetente Bezirksgericht gebracht hat. Das KG ist diesem Rechtsstandpunkt aus folgenden Gründen nicht beigetreten: Die in der Police abgedruckten Versicherungsbedingungen sind offenbar auf die deutschen Verhältnisse zugeschnitten, weil die Geschäftstätigkeit der Beklagten naturgemäß ihren Schwerpunkt auf reichs-

In Art. 124 ist auch ausdrücklich gesagt, dass derjenige, welcher „einen Rechtsstreit anheben will, beim zuständigen Vermittler den Gegenstand der Klage anzugeben" habe; mithin ist der Vermittler diejenige durch das Prozeßrecht geschaffene Instanz, bei welcher eine anzuhebende Klage eingereicht werden muß.

Durch die Vorladung vor Vermittleramt wird nach Art. 55 die örtliche Zuständigkeit begründet. Aber dem Vermittler ist durch das Gesetz nirgends ein Recht eingeräumt, im Vermittlungsverfahren seine örtliche Zuständigkeit zu prüfen. Aus dem Gesetze kann eine solche Befugnis auch nicht abgeleitet werden; es sprechen aber andere gesetzliche Bestimmungen und zwingende Erwägungen gegen ein solches Prüfungs- und event. Kompetenzablehnungsrecht des Vermittlers im Sühneverfahren: Die Zuständigkeitsfragen gehören mitunter zu den schwierigsten Fragen des Prozeßrechts, deren Prüfung oft ein einläßliches Vorverfahren erfordert. Der ZP verlangt nun in Art. 125 eine rasche Erledigung des Vermittlungsverfahrens; in dieser kurzen Frist ist die notwendige und richtige Vorprüfung der Zuständigkeitsfrage durch den Vermittler meist nicht möglich. Ferner ist die Entscheidung über den Gerichtsstand in Art. 197 ausdrücklich dem Richter vorbehalten, weshalb es nicht angeht, dass in der gleichen Frage der Kompetenz zwei selbständige Instanzen, der Vermittler und das Gericht, entscheiden. Selbstverständlich ist es dem Richter gestattet, die einen Vermittlungsvorstand anbegehrende Partei auf das Fehlen der örtlichen Kompetenz aufmerksam zu machen, z. B. im Falle, wo der Beklagte außerhalb der Gemeinde domiziliert ist, kein Spezialgerichtsstand besteht und der Ver-

---

deutschem Gebiete hat. Da dort ein Sühneverfahren bei Streitigkeiten dieser Art nicht vorgesehen ist, fällt die gerichtliche Geltendmachung des Versicherungsanspruches mit der Anbringung der „förmlichen Klage beim kompetenten Gericht" zusammen. Das ist im Geltungsbereich des st. gallischen ZP anders, da Art. 124 die Abhaltung eines Vermittlungsvorstandes als zwingende Norm vorsieht. Da nun angesichts dieses Momentes anzunehmen ist, daß nach dem vermutlich in der Bestimmung des § 25 niedergelegten Parteiwillens die Anhebung der Klage als diejenige Handlungsweise bezeichnet werden wollte, durch welche die Verwirkung abgewendet wird, so hat der Kläger der Vorschrift von § 25 genügt, wenn er innerhalb Jahresfrist seit erfolgtem Unfall das Vermittlungsbegehren gestellt hat. Diese Voraussetzungen trafen im konkreten Falle zu, sodaß das KG nach diesen Erwägungen die Uneinläßlichkeitsvorfrage abweisen mußte.

mittler vermutet, dass der Kläger über diese Verhältnisse sich im Irrtum befinde.

Für den Vermittler besteht immerhin eine Pflicht zur Prüfung der sachlichen Zuständigkeit, d. h. ob im Einzelfalle überhaupt nach Art. 25 ein Vermittlungsverfahren zulässig sei.

Art. 40 bestimmt, dass die Rechtsbegehren am Vermittlungsvorstand in einer für das folgende Verfahren bindenden Weise festgelegt werden. Daraus ergibt sich, dass dem Vermittlungsvorstand im st. gallischen Recht prozessuale Wirkungen zukommen, welche sonst erst mit der gerichtlichen Anhängigmachung der Klage eintreten.

Der Vermittler ist im ordentlichen Verfahren — ausgegenommen ist hier seine Tätigkeit als Einzelrichter — nicht Richter, vielmehr Berater der Parteien. Der Zweck der Vermittlerinstitution ist der, richtigen Einblick in das Streitverhältnis zu erlangen, um den Parteien sachentsprechende Vergleichsvorschläge zu machen, oder je nach der Sachlage zu Verzicht oder Anerkennung zuzureden; er soll auf gütliche Beilegung des Rechtsstreites hinwirken, so weit es sich um eine Streitsache handelt, die durch Vergleich erledigt werden kann (was z. B. bei Streitsachen betr. Scheidung oder Ungültigkeit einer Ehe nicht der Fall ist).

Der Vermittler kann den Streitgegenstand unter Mitwirkung der Parteien in Augenschein nehmen, aber das Gesetz (Art. 127) spricht ihm die Befugnis der Zeugeneinvernahme, der Einholung von Gutachten, ab. Mißlingt der Aussöhnungsversuch, so kann jede Partei innert drei Monaten die Ausstellung des Leitscheines verlangen. Dieser bezieht sich auf das konkrete Streitverhältnis, aus dem das bezeichnete Rechtsbegehren fließt, nicht bloss auf dieses. Wenn ein unvermittelt gebliebener Streitfall nicht innert drei Monaten beim Gericht anhängig gemacht wird, so verliert der Vermittlungsvorstand seine Bedeutung, d. h. es bedarf zur erneuten Geltendmachung eines Rechtsanspruches der Einleitung eines abermaligen Sühneverfahrens. Wenn der Kläger auf Grund der zweiten Vermittlungsverhandlung den Leitschein nicht verlangt, so verwirkt er seinen Rechtsanspruch, nach der Norm des Art. 132. Der Entscheid, ob diese Rechtsfolge eingetreten sei, dürfte im Streitfalle Sache des ordentlichen Richters sein. Wenn dem Vermittler das Recht hätte gegeben werden wollen, diese Frage von sich aus, d. h. durch Verweigerung eines dritten Sühneverfahrens und der Ausstellung eines Leitscheines,

zu erledigen, so hätte dies im Gesetz ausdrücklich gesagt werden müssen. Die Verwirkung des Rechtsanspruches ist eine entgültige und kann auch durch die Geltendmachung des Anspruches auf dem Wege der Kompensation nicht hinfällig gemacht werden. Wenn die Kompensation im Sinne des französischen Rechte ipso jure, ohne Zutun der Parteien, eintreten würde, so müßte die Kompensationseinrede ohne weiteres geschützt werden; denn in diesem Falle hätten die beiden kompensablen Rechtsansprüche vom Momente ihrer Koexistenz an als erloschen zu gelten, ohne dass es einer besonderen Erklärung des Kompensationswillens bedürfen würde. Nach geltendem schweizerischen Recht, Art. 124 Abs. 1 OR., tritt jedoch eine Verrechnung nur ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Rechte der Verrechnung Gebrauch machen wollte. Nun kann aber selbstverständlich eine rechtlich wirksame Kompensationserklärung nur über einen Anspruch gegeben werden, der im Zeitpunkte der Erklärung noch zu Recht besteht. Ist die Forderung, welche der Gläubiger zur Verrechnung angibt, im Zeitpunkt der Erklärung infolge Verzichts oder Verwirkung nicht mehr existent, so fehlen die Voraussetzungen der Kompensation und es kommt gar nicht darauf an, ob die beiden Forderungen in einem frühern Zeitpunkt einander kompensabel gegenüberstanden [3]). Das trifft nun gerade auf dem Gebiete des ZP zu. Denn bei der in Art. 132 mit der zweimaligen Unterlassung der gerichtlichen Anhängigmachung eintretenden Rechtsfolge der „Verwirkung des Rechtsanspruches" handelt es sich nicht bloss um eine Verwirkung des Rechts auf selbständige gerichtliche Geltendmachung eines Anspruches, sondern um eine Verwirkung des materiellen Anspruches im eigentlichen Sinne, jedoch aus prozessualen Gründen [4]).

---

[3]) Jangen: Die Kompensation nach schweiz. Recht. § 103 ff.

[4]) Hier erhebt sich die Frage, ob das nicht als Erlöschungsgrund der Obligation anzusehen sei, und ob diese Bestimmung daher nicht gegen das Bundesrecht verstosse. U. E. handelt es sich hier um einen Analogiefall der Verjährung, weshalb sich hier die Frage erhebt; Steht diese Regelung den Bestimmungen über die Verjährung des OR. entgegen? Es ist davon auszugehen, daß die Verwirkung des Rechtsanspruches gemäß Art. 132 eine prozessuale Präklusivbestimmung ist. Wie das Bundesgericht schon wiederholt festgestellt hat, stehen die Bestimmungen des OR. über das Erlöschen der Obligationen, speziell diejenigen über Verjährung der Abstellung (prozessualer Fristen mit Präklusivandrohung)

Nach Art. 133 kann eine Änderung des Rechtsbegehren oder hinsichtlich der am Streite beteiligten Personen nach Schluß des ordentlichen Vermittlungsverfahrens bis zur Anhängigmachung der Klage nur auf dem Wege der Anbegehrung eines neuen Vermittlungsvorstandes stattfinden, wobei die Parteien sich auszuweisen haben, dass die Klage noch nicht beim Gericht anhängig ist. Die Änderung des Klageanspruches kann demnach eine quantitative oder qualitative sein, d. h. der Kläger kann den eingeklagten Betrag erhöhen oder einen andern Anspruch einklagen als denjenigen, den er ursprünglich geltend machte. In beiden Fällen ist die Änderung nur zulässig, wenn der Kläger gemäß Art. 133 vorgeht. Vollzieht sich dagegen die Änderung des Klagebegehrens im Rahmen der ursprünglich gestellten Klage, deckt alo diese den neuen Anspruch, so erwachsen dem Beklagten keine prozessualen Rechte, auf die er die Bestreitung der Einlassungspflicht stützen könnte.

Während der Einschreibefrist von drei Monaten hat eine Streitsache als rechtshängig zu gelten. Daraus läßt sich — das Gesetz sagt dies nicht ausdrücklich — der Schluß ziehen, dass keine Partei verpflichtet ist, sich vor dem unbenützten Ablauf dieser Frist über die gleiche Streitsache noch einmal einzulassen. Wenn dies der Fall wäre, ergebe sich die Möglichkeit, dass in der gleichen Streitsache nebeneinander zwei oder mehrere zur gerichtlichen Einschreibung rechtstaugliche Leitscheine bestehen würden, wodurch Zustände geschaffen würden, welche sich mit einem geordneten Rechtsgange nicht mehr vereinbaren liessen.

Das Gesetz fordert einen Ausweis, der in der Regel ein schriftlicher sein wird. Eine blosse Behauptung genügt nach der kantonsgerichtlichen Praxis (1907/36) nicht, um den Vermittler zu veranlassen, einen neuen Vorstand anzuordnen. Der Vermittler ist auch nicht pflichtig, den von der Partei, welche den neuen Vorstand anbegehren will, beizubringenden Ausweis selbst zu beschaffen.

Die Frage, ob der Leitschein ein solcher nach Art. 132 (zweiten Leitschein) oder aber ein solcher nach Art. 131

---

dem kantonalen Recht nicht entgegen, „da hiemit im Grunde bloß die Verwirkung des prozessualischen Klagerechts ausgesprochen wird. (BGE 24 I. 656). Ebenso BGE 13 S. 202; 14 S. 629; 51 I. S. 81. Becker No. 1 zu Art. 114. Oser Vorbemerkung 5 zu Art. 114).

bezw. 133 sei, gehört dem materiellen Prozeßrecht an und ist daher vom Sachrichter, nicht aber, soweit die Verfügung des Vermittlers als solche angefochten wird, von der nach Art. 336 zuständigen Beschwerdeinstanz zu entscheiden.

Es erhebt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob diese Bestimmung des Art. 133 auch für die nachträgliche Erhebung einer Widerklage durch den Beklagten gelte. Das KG (1917/4) hat die Frage bejaht. Nach Art. 133 kann der Kläger oder der Beklagte, wenn er sich ausweist, dass der Streitfall noch nicht beim Richter anhängig ist, beim Vermittleramt die Abhaltung eines neuen Vorstandes anbegehren, sofern er „eine Änderung rücksichtlich der am Streite beteiligten Personen oder des Rechtsbegehrens" wünscht. Mit dem Ausdruck des „Rechtsbegehrens" kann der Gesetzgeber dem Sinn nach nichts anderes gemeint haben, als eben die Rechtsstellung, welche eine Partei am ersten Vermittlungsvorstande bezogen hat, als Ganzes. Ob die Partei dabei ein oder zwei oder mehrere Rechtsbegehren zu Protokoll gegeben hat, ist völlig gleichgültig. Die Möglichkeit, diese Rechtsstellung in ihrer Gesamtheit zu ändern, u. a. auch durch Reduktion oder Ergänzung der Begehren, hat der Gesetzgeber in Art. 133 nicht näher umschrieben, also freigelassen. Somit muß auch eine beklagte Partei, die sich im ersten Vorstand auf die blosse Bestreitung der Klage beschränkte, befugt sein, dieses Rechtsbegehren in einem zweiten Vorstande im Rahmen des Art. 133 durch Ergänzung, z. B. in Form einer Widerklage, neu zu formulieren. Weshalb dies nicht angängig sein sollte, wäre nicht einzusehen, umsoweniger, als die in Art. 133 ausdrücklich zugelassene Änderung der Streitparteien unter Umständen eine viel empfindlichere Wirkung auf den Prozeß auslösen kann, als jede andere Änderung der Rechtsstellung einer Partei.

Der Einwand, auf diese Weise habe ein Beklagter es in der Hand, die Klagepartei noch nach Monaten mit einer Widerklage zu überraschen, ist mit dem Hinweis entkräftet, dass die Klagepartei durch eine frühzeitige Anhängigmachung des Rechtsstreites beim Richter die Abhaltung eines zweiten Vermittlungsvorstandes mit seinen „Überraschungen" verhindern kann und dass eine allfällige Säumnis des Vermittlers in der Ausstellung des Leitscheines jederzeit durch Beschwerde bei den Aufsichtsinstanzen oder sogar mit einer Verantwortlichkeitsklage geahndet werden kann.

Art. 135 räumt dem Vermittler im Falle des Rücktrittes einer Partei vom Rechtsstreite vor der gerichtlichen Einschreibung die Befugnis ein, „endgültig" über die Tragung der Kosten und Parteientschädigung zu entscheiden. Dieser vermittleramtliche Kostenspruch ist kein Urteil im Sinne von Art. 25 Abs. 3, weil bei dieser Kompetenzumschreibung wesentlich ist, dass der Vermittler nur über Zivilstreitigkeiten durch Urteil entscheiden kann, wenn der Streitbetrag Fr. 25.— nicht übersteigt. Bei der Überschreitung dieses Betrages wird die Kompetenz für eine höhere Instanz geschaffen. Der in Art. 135 gewählte Ausdruck, der Vermittler habe „endgültig" über die Kosten zu entscheiden, kann daher nicht in dem Sinne eines endgültigen Urteiles nach Art. 25 Abs. 3, gegen das das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gegeben ist, haben. Dem Worte „endgültig" kommt hier vielmehr die Bedeutung zu, dass der Vermittler definitiv, als einzige Sachinstanz, über die Kosten abzusprechen habe, und dass gegenüber diesem Beschluß ein ordentliches Rechtsmittel nicht besteht. Als ordentliches Rechtsmittel gegen die Urteile gemäß Art. 25 Abs. 3 des Vermittlers ist aber in Art. 26 die Nichtigkeitsbeschwerde beim Bezirksgerichtspräsidenten angeführt, sodass daraus zu folgern ist, dass gerade dieses Rechtsmittel für die Kostenentscheide der Vermittler durch Art. 135 ausgeschlossen werden sollte.

Gemäß Art. 310 lit. a kann das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen werden „gegen Urteile der Vermittler.... gemäß Art. 25 Abs. 3", während Art. 135 dort nicht erwähnt wird. Was als Urteil anzusehen ist, wird in Art. 113 festgestellt. Dass ein Unterschied zwischen „Urteil", „Vorbescheid" „Beschluß" gemacht werden muß, ergibt sich aus der in Art. 112 erfolgten Einteilung der Erkenntnisse und aus der in Art. 113/15 gegebenen begrifflichen Umschreibung dieser drei Arten von Erkenntnissen. Das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, ist also nur gegen Urteile zulässig [5]).

Dass der Kostenspruch des Vermittleramtes gemäß Art. 135 nicht als Urteil anzusehen ist, ergibt sich auch aus der Definition im Sinne von Art. 113. Das Erkenntnis des Art. 135 ist vielmehr ein Beschluß im Sinne von Art. 15 Ziff. 2. Gegeneinen solchen ist zum Schutze gegen Willkür nur das ausser-

[5]) Dahin hat sich auch die Praxis des KG (1920/19), des KassG (1903/22) der RK (1909/49) ausgesprochen.

ordentliche Rechtsmittel der Rechtsverweigerungsbeschwerde im Sinne von Art. 336 zulässig [6]).

2. Einschreibung des Rechtsstreites.

Die Anhängigmachung des Rechtsstreites bei Gericht erfolgt nach gesetzlicher Regelung der Art. 137/39 auf Begehren der Parteien auf Grund des vermittleramtlichen Leitscheines und der zu erlegenden Gebühren. Nach der Einschreibung des Rechtsstreites hat der Gerichtspräsident alle Maßnahmen zu treffen, damit in der von ihm anzuordnenden Tagfahrt die Hauptverhandlung ihren ungestörten Fortgang nehmen kann.

3. Beweise und Beweismittel.

a) Die beweisdürftigen Tatsachen.

Das st. gallische Prozeßrecht bestimmt, dass ein Beweisverfahren nur über „erhebliche und bestrittene Tatsachen angeordnet" werden dürfe. Die Formulierung des Art. 140 begründet demnach drei Kriterien: Tatsache, Erheblichkeit, Bestrittenheit [7]).

Aus der aus Zweckmässigkeitsgründen angestellten Überlegung, den Prozeß auf das wesentliche zu beschränken, ist zu schliessen, dass eine Tatsache nur dann beweisbedürftig wird, wenn sie erheblich und bestritten ist. „Das Fundament der Rechtspflege würde einen zu weiten Ausbau erfahren, wenn der Richter sich mit Verhältnissen zu befassen hätte, welche die Streitsache nicht wesentlich berühren oder die zum vorneherein sichergestellt sind" [8]).

Die Erheblichkeit charakterisiert sich durch den entscheidenden Einfluß, den die Existenz der erheblichen Tatsache auf das Urteil ausübt. Sie bedarf nur dann des Beweises, wenn sie von der einen Partei behauptet, von der andern aber bestritten wird. Die Geltendmachung der Angriffs- und Verteidigungsmittel hat der Gesetzgeber, unter Berücksichtigung des Vorwaltens der Verhandlungsmaxime, den Parteien überlassen.

---

[6]) K. G. 1905/21, 1920/19.
[7]) Scherrer-Füllemann, Kom. Art. 140, Anm. 1 und 2. Tuason S. 2.
[8]) Tuason S. 3.

Das Gesetz sagt nicht, wann eine Tatsache bestritten ist; es läßt dem Richter freien Spielraum. Der Richter wird sich deshalb auch nicht an ausdrückliches Bestreiten halten, sondern nichtausdrückliche Bestreitung gelten lassen. Als streitig wird eine Tatsache schon angesehen werden müssen, wenn die betreffende Behauptung einer Partei nur in allgemeiner Form bestritten wird; denn das Gesetz schreibt keine spezielle Bestreitung jeder einzelnen Behauptung des Gegners vor.

b) Die Beweislast.

Im Rahmen des ordentlichen Zivilprozesses modifizieren bestimmte Verhältnisse die Bedeutung der Beweislast. Die Beweispflicht bedeutet, dass der Beweispflichtige das Risiko der Beweisführung trägt; ohne Beweis können ihm keine Rechte aus dem von ihm behaupteten Tatbestand zuerkannt werden. Das Beweisen ist das Recht nicht einer, sondern beider Parteien. Gleichwohl ist ihre Lage hinsichtlich der Ausübung dieses Rechts eine verschiedene, je nach dem Interesse, das sie an der Berücksichtigung der betreffenden Behauptung seitens des Richters bei seiner Entscheidung, und somit an der Herstellung ihrer juristischen Gewissheit haben. Die Partei, der daran liegt, dass der Richter die bestrittene tatsächliche Behauptung für wahr annehme und seiner Entscheidung zu Grunde lege, muß sich zur Ausübung ihres Rechts bequemen und die damit verbundenen Mühen und Lasten auf sich nehmen. Die Gegenpartei, der nur darin liegt, dass der Richter diese tatsächliche Behauptung außer Ansatz lasse, kann einstweilen, solange für die Annahme der Wahrheit nichts beigebracht wird, untätig bleiben und muß ihr Recht erst dann ausüben, wenn der Gegner zu seinem Ziele zu gelangen droht.

Von der Beweislast betroffen ist, wie in jedem Streit, wo die Entscheidung durch Beibringung von Überzeugungsgründen herbeigeiührt wird, der Behauptende, d. h. wer für die Erreichung der von ihm verfolgten Zwecke der Anerkennung der Richtigkeit seiner Aufstellung bedarf (Art. 140 Abs. 2), nicht der Verneinende, d. h. der, welcher seinen Zweck schon erreicht, falls die jenseitige Aufstellung ungewiß bleibt. Im Rechtsstreit, wo die Klage auf Verurteilung des Beklagten zu einer bestimmten Leistung lautet, trifft die Beweislast in erster Linie den Kläger, nicht den Beklagten, der nur das Dasein jenes Rechts verneint. Jede Partei hat das bestrittene Dasein des

von ihr behaupteten Rechts, dessen Anerkennung im Urteil sie vom Richter nach Lage des Prozesses begehrt, zu beweisen. Der Beklagte steht in dieser Hinsicht besser, als der ihn treffende Beweis des Einrederechts erst dann in Frage kommt, wenn das Dasein des klägerischen Rechtes außer Zweifel steht.

Art. 140 Abs. 3 bestimmt, dass die Gegenpartei auf ihren Antrag rechtzeitig zum Gegenbeweis zuzulassen ist. Dieses Recht zum Gegenbeweise ist erst in diese Gesetzesfassung aufgenommen worden und bezweckt, dem Richter die volle Kenntnis der erheblichen Tatsachen zu vermitteln. Dadurch wird ihm die Möglichkeit geboten, seinen Entscheid auf ein nach allen Richtungen hin vollständiges Beweismaterial stützen zu können. Auf Gegenbeweis darf aber nur erkannt werden, wenn er von der betreffenden Partei beantragt ist, dann aber muß er zugelassen werden.

Den Gegenbeweis kann der Gegner in dreifacher Weise zu erbringen versuchen:

1. Durch Beibringung von Beweisgründen, die unmittelbar die Unwahrheit der Behauptung ergeben.

2. Durch Behauptung und Beweis von Tatsachen, welche mittelst Schlußfolgerung, also unmittelbar, jene Unwahrheit ergeben.

3. Durch Beweiseinreden, welche den Beweiswert der vom Beweisführer vorgebrachten Beweismittel zerstören oder verhindern.

c) Die Beweismittel.

1. Der Beweis durch Urkunden.

Unter Urkunden im weitern Sinne umfaßt das Prozeßrecht transportable Objekte als Träger von Schriftzeichen oder Schriftsätzen. Dieses Moment unterscheidet die Urkunde von anderweitigen Augenscheinsobjekten. Hellwig bezeichet die Urkunde als „qualifiziertes Augenscheinsobjekt". Der Unterschied wird begründet durch die Beweisfunktion: Dem Augenscheinsobjekt wohnt Beweiskraft nur durch seine Existenz inne; die Urkunde hingegen beweist darüber hinaus mit ihrem gedanklichen Inhalt. In diesem Sinne kann nach st. gallischem ZP der Urkundenbeweis geführt werden mit öffentlichen Urkunden (Art. 143), privaten Urkunden (Art. 144), Denkmälern (Art. 150) und mit Büchern (Art. 151).

Die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Urkunden ist von prinzipieller Bedeutung. Sie wird hervorgerufen durch ihre Form und ihren Aussteller.

Die öffentliche Urkunde ist die von einer öffentlichen Behörde ausgestellte, wobei der Begriff der „staatlichen Behörde" über die Grenzen hinaus anerkannt wird [9]). Das Gesetz bezeichnet als solche „von öffentlichen Behörden, Amts- und Dienststellen" ausgestellte. Aus der Umschreibung der sie ausstellenden Geschäftsstellen ist eine Aufzählung derselben im Gesetze überflüssig geworden. Darunter sind die Protokolle der Behörden, Gemeinden, Zivilstandsregister und Grundbuch zu zählen; daneben kommen in Betracht das Eigentumsvorbehalts-, Güterrechts- und Handelsregister, ferner beglaubigte Abschriften öffentlicher Urkunden. Von den letztern sind die Verträge mit blosser Beglaubigung der Unterschriften zu unterscheiden, da die Legalisation bloss den Beweis für die Echtheit der Unterschrift, nicht aber für den Inhalt der Urkunde erbringt. Die Beweiskraft des Zivilstandsregisters und der Protokolle der Betreibungs- und Konkursämter sind durch spezielle Vorschriften geregelt (Art. 33 ZGB., Art. 8 SchKG.); darüber hinaus enthält Art. 9 ZGB. die gleiche Regelung für alle öffentlichen Urkunden und Register.

Die Privaturkunde ist gekennzeichnet durch den Umstand, dass „die Verkörperung eines juristisch relevanten Gedankens nicht die qualifizierenden Eigenschaften der öffentlichen Urkunde aufweist [10]). Der im Art. 151 erwähnte Bücherbeweis ist ebenfalls in die Kategorie der Beweise durch private Urkunden einzureichen. Die Frage der Würdigung der Bücher ist in der Hauptsache eine Tatfrage. Nur insoweit der Sachrichter dabei von falschen rechtlichen Gesichtspunkten ausgeht, ist sie Rechsfrage und bedeutet eine Verletzung des Art. 151.

Der Beweis durch Urkunden vollzieht sich durch die richterliche Einsichtnahme in dieselben. Das Verfahren, das dabei beobachtet wird, gestaltet sich verschieden, je nachdem die Urkunde sich im Besitze der Parteien oder Dritter befindet. Für den Fall, dass die Parteien das Verfügungsrecht über dieselben besitzen, sind diese schon im Vorverfahren auf der Gerichtskanzlei zu deponieren, zwecks Einsicht der Gegenpartei und allfälliger Streitbeteiligter (Art. 190 ff). Vorlage der Ur-

[9]) Über die Anerkennung ausländischer Urkunden s. Tuason S. 79.
[10]) Tuason, S. 79.

kunden ist prozeßrechtliche Verpflichtung. Dieser Gedanke ist auch in allen andern schweizerischen Prozeßrechten enthalten, ebenso in der DZPO (Art. 422) und dem österreichischen (Art. 304).

Art. 152 teilt die Voraussetzungen der Editionspflicht in formelle und materielle. Formell ist sie insoweit, als sie nur für den Urkundenbesitzenden besteht; materiell, dass die Urkunde zum Beweise „bestrittener und erheblicher Tatsachen" dient. Diese prozessuale Editionspflicht besteht gegen jeden Inhaber der Urkunde, also auch gegen Dritte; jedoch „fallen schriftliche, zum Zwecke der prozessualischen Benützung für eine Partei ausgefertigte Zeugnisse von Personen, welche als Zeugen verhört werden können, in der Regel außer alle Würdigung" (Art. 146). Daher darf man sie auch nicht schlechthin in der Gerichtsverhandlung bestätigen lassen, da sonst die mißbräuchliche Anfertigung solcher Bescheinigungen [11]), welche der Gesetzgeber aus guten Gründen verhindern will, wieder begünstigt würde. Die Zeugeneinvernahmen sollen sich nach Art. 164 vollziehen. Wenn man — vielleicht mit Rücksicht auf die seit der Wahrnehmung einer Tatsache bis zur Gerichtsverhandlung stattgehabte Verstreichung einer längeren Zeit, angesichts deren der Zeuge im Moment der Einvernahme sich nicht

[11]) Darüber sagt der Amtsbericht des KG an den Großen Rat vom Jahre 1900 S. 17 in einer Angelegenheit, in der ein Rechtsagent beschuldigt worden war, die Zeugen der Gegenpartei u. a. veranlaßt zu haben, eine von ihm aufgesetzte Bescheinigung zu Prozeßzwecken zu unterzeichnen: „Als unzulässig dagegen ist es zu bezeichnen, wenn der Rechtsvertreter einer Partei sich schriftliche Bescheinigungen eines Zeugen geben läßt; die Art, wie diese Bescheinigungen zustande kommen, entzieht sich der Kontrolle. Die Erfahrung lehrt, daß sehr leicht, namentlich in Fällen, wo der Rechtsvertreter die Bescheinigung selbst redigiert, ein ungehöriger Einfluß gegenüber den unbeholfenen Zeugen sich geltend macht; es kommt vor, daß der Zeuge nachher vor Gerichtsschranken, im detaillierten Kreuzverhör, unter dem Einfluß des Ernstes der gerichtlichen Verhandlung und der Rechtsfolgen seiner Aussagen, vielleicht auch angesichts neu zu Tage getretener Gesichtspunkte abweichend von dem zu deponieren in die Lage kommt, was er in der Bescheinigung, selbst in guten Treuen, beurkundete. Bei solchen Differenzen zwischen gerichtlicher Aussage und Bescheinigung läuft der Zeuge Gefahr, für unzuverlässig oder unglaubwürdig gehalten zu werden.

Im Interesse der Wahrung der Freiheit und Unbefangenheit der Zeugen ist daher darauf zu halten, daß Zumutungen auf Ausstellung oder Unterzeichnung von Bescheinigungen zu Prozeßzwecken Zeugen gegenüber nicht gestellt werden."

mehr zuverlässig der zu bezeugenden Vorgänge erinnern könnte — noch zulassen will, dass ein Zeuge einen früher abgefaßten Bericht bestätigt, so muß dieser Bericht nach der Praxis der RK (1909/27) zum mindesten dem Zeugen wörtlich vorgehalten werden. Diese Bestimmung muß im Zusammenhange mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatze des gleichen Artikels ausgelegt werden, wonach von Dritten ausgestellte Urkunden nach den persönlichen Verhältnissen des Ausstellers und den Umständen, unter denen sie errichtet worden sind, zu beurteilen sind. Der Richter hat daher von amteswegen zu prüfen, ob nach diesem Gesichtspunkte eine Urkunde Glaube verdiene. In Zusammenhange mit diesem Grundsatze kommt der speziellen Bestimmung, wonach die zu Prozeßzwecken ausgestellten Urkunden Dritter nicht gewürdigt werden sollen, nur die Bedeutung zu, dass sie nicht gewürdigt werden dürfen, während andere Urkunden Dritter, je nach den Verhältnissen, gewürdigt werden können, sodass dem Richter auch hier die Freiheit zusteht, die betreffende Urkunde unbeachtet zu lassen. In diesem Sinne hat auch das Handelsgericht (1920/42) in einem interessanten Streitfalle ein bemerkenswertes Urteil gefällt. Der Kläger klagte wegen Nichtlieferung eines gekauften Autos auf Schadenersatz. Er hatte das Automobil — es handelte sich um einen gebrauchten Wagen, der sich im Auslande befand — für Fr. 6150.— gekauft, und behauptete, es für Fr. 12,000.— weiter verkauft zu haben. Zum Beweise berief er sich auf eine „Offerte" seines Abnehmers. Das Handelsgericht lehnte die Berücksichtigung dieser Urkunde ab, weil es ganz undenkbar sei, dass jemand einen im Auslande befindlichen, gebrauchten Motorwagen, den er noch gar nicht besichtigen konnte, ohne detaillierte Zusicherungen für Fr. 12,000.— zu kaufen sich verpflichtet. Das klang so unwahrscheinlich, dass das Gericht die betreffende Offerte nicht als ernst gemeinte ansehen konnte, vielmehr den Verdacht hegte, dieses Schriftstück sei besonders zu Prozeßzwecken erstellt worden, weshalb es dieses auf Grund von Art. 146 nicht in die Würdigung einbezog.

Es obliegt dem Beweisführer, den Urkundenbesitz des Gegners oder Dritter nachzuweisen. Der Gesetzgeber hat diese Bestimmung insoweit gemildert, als er dem Richter das Recht einräumt, dem leugnenden Gegner den sog. Editionseid zu überbürden. Um dieses Recht keinem Mißbrauch preiszugeben, hat der Richter durch die freie Beweiswürdigung das Mittel in

der Hand, diese Eide nur dort zu auferlegen, wo der Besitz vermutet werden darf [12]). Es würde dem Charakter des Prozesses widersprechen, wenn eine Partei dem Prozeßgegner durch haltlose Behauptungen den Editionseid überbürden lassen könnte.

Art. 156 übt auf die editionspflichtige Partei in dem Sinne einen Druck aus, dass, für den Fall, dass sie die Herausgabe der beweiserheblichen Urkunde oder die Leistung des Eides verweigert, deren Inhalt nach Maßgabe des Beweisführers als erwiesen erachtet wird. Ist die Urkunde zugegebenermassen im Besitze der Partei, so ist ihr allerdings die Möglichkeit genommen, Beweise anderslautenden Inhaltes vorzubringen. Befindet sich die Urkunde aber nicht in ihrem Besitze, so muß ihr doch der Beweis gestattet sein, dass der Urkundeninhalt nicht den Angaben des Beweisführers entspreche oder dass die von ihm behauptete Tatsache nicht richtig sei. Es erhebt sich nun die Frage, ob Art. 156 die Folgen der Wirkung einer Prozeßpartei, einem gerichtlich geschützten Editionsbegehren nachzukommen, in absolut bindender Weise für das gesamte weitere Prozeßverfahren festlege. Wenn wir die Tendenz des Zivilrechtspflegegesetzes, die dahin geht, einer Prozeßpartei, welche vor erster Instanz formelle Fehler begangen hat, die Möglichkeit zu verschaffen, die Folgen dieser Fehler im zweitinstanzlichen Verfahren durch Erfüllung der betreffenden Gesetzesvorschriften zu beseitigen, berücksichtigen, so müssen wir diese Frage verneinen. Dazu kommt, dass der Richter vor allem den Schutz des materiellen Rechts anzustreben hat, und daher prozessuale Vorschriften im Zweifel so auszulegen sind, dass das materielle Recht nicht verkürzt wird. Die Verweigerung der Editionsurkunden schafft gemäß dem Wortlaut des Art. 156 keinen Beweis, sondern nur die Vermutung eines solchen. Daraus folgt, dass die Tatsache, welche zu beweisen wäre, nicht bewiesen ist; es besteht lediglich für das betreffende Verfahren die Fiktion, sie sei bewiesen. Diese Fiktion kann aber z. B. im zweitinstanzlichen Verfahren durch Produktion der Beweismittel, deren Edition vor erster Instanz verweigert wurde, beseitigt werden. Es hätte auch keinen Sinn, eine Fiktion dort aufrecht zu erhalten, wo der Richter in der Lage ist, zu prüfen, ob dieselbe den wirklichen Tatsachen entspreche oder nicht.

---

12) Siehe auch Tuason, S. 83, wo das Verfahren beim Urkundenbeweis ausführlicher behandelt ist.

Art. 156 nennt in Abs. 1 zunächst die Rechtsfolgen, die eintreten, wenn eine Partei trotz richterlichen Entscheides sich weigert, den Editionseid zu leisten und fährt dann in Abs. 2 fort: „Unter den gleichen Voraussetzungen unterliegt eine editionsfähige Drittperson den Strafbestimmungen wegen Widersetzlichkeit" Daraus geht hervor, dass die Eidespflicht für Drittpersonen ebenfalls besteht.

Der Gesetzgeber hat durch Art. 148 mit gutem Grund die Untersuchung darüber, ob eine Urkundenfälschung vorliege, den zufolge ihrer Kompetenzen für diese Aufgabe geeigneteren Organen der Strafrechtspflege überwiesen. Wenn im Strafuntersuch der Beweis für eine strafbare Urkundenfälschung nicht erbracht wird, so darf der Zivilrichter nicht eine Fälschung annehmen, er ist an das Ergebnis der Strafuntersuchung gebunden; denn es sollen über den Straftatbestand einer Urkundenfälschung nach der Absicht des Gesetzgebers nicht zwei verschiedene Richter, der Zivil- und der Strafrichter urteilen. Die Behauptung einer Partei, auf einer ins Recht gelegten Urkunde sei eine rechtswidrige Änderung vorgenommen worden, muß daher notwendigerweise zur Sistierung des Prozesses, zur Strafanzeige von amteswegen, führen.

Soweit die Beweiskraft der Urkunde durch gewisse Voraussetzungen: Echtheit und Glaubwürdigkeit, Relevanz ihres Inhaltes, bedingt ist, umfaßt die Beweiskraft der Urkunden eine formelle und eine materielle Seite. Diese befaßt sich mit der äussern Struktur, jene mit dem gedanklichen Inhalte der Urkunde. Obwohl die materielle Beweiskraft schließlich allein maßgebend ist, steht auch der formellen gewisse Bedeutung zu. Der Urkundeninhalt ist bedingt durch die Echtheit und Rechtsförmigkeit der Urkunde. Er ist von primärer Bedeutung, auf ihm baut sich der Inhalt, die Kraft, die Intensität der Urkunde auf.

II. Der Beweis durch Zeugen.

A. Die Zeugnisfähigkeit.

Die Voraussetzung für die prozessualische Zulässigkeit des Zeugenbeweises ist, wie beim Urkundenbeweis, das Moment der erheblichen Tatsache. Nach der Bestimmung des Art. 158 kann sie sich nur auf „unmittelbare Sinneswahrnehmungen der Zeugen" gründen. Dabei ist selbstverständlich die Glaubwürdig-

keit, überhaupt die Qualität des Zeugen von großer Bedeutung. Die Zeugeneigenschaft wird nicht erst mit der Vorladung als Zeuge, sondern schon mit der Wahrnehmung der Geschehnisse erworben [13]). Daraus folgt, dass die Zahl eine bestimmte ist, die begründet wird durch die Sinneswahrnehmung der erheblichen Tatsache.

Da das Gesetz von „Sinneswahrnehmung" spricht, wird dann in Art. 159 Ziff. 1 bestimmt, dass „Personen, denen das erforderliche Sinnes- und Geistesvermögen zur Wahrnehmung der in Frage liegenden Tatsachen zur Zeit, wo sie die Wahrnehmungen gemacht haben sollen, gänzlich fehlt", in keinem Falle als Zeugen zuzulassen sind. Erwähnenswert ist ferner Art. 159 Ziff. 5, der dafür sorgt, dass Personen, die zum Geständnis eigener Strafbarkeit aussagen müssten, gar nicht in den Fall kommen, als Zeugen aufzutreten. Unterläßt es nun aber der Richter aus Versehen oder Irrtum, von sich aus einer solchen Person den Rechtsschutz zuteil werden zu lassen, so kann ihr das Recht, sich selbst zu schützen, nicht abgesprochen werden. Infolgedessen ist ein solcher Zeuge nicht nur berechtigt, das Zeugnis überhaupt zu verweigern, sondern es kann ihm auch nicht als Verbrechen angerechnet werden, wenn er mit wahrheitswidrigen Aussagen seine eigene strafbare Handlung leugnet. Mit anderen Worten: Personen, die zum Geständnis eigener Strafbarkeit aussagen müßten, können dabei das Delikt des falschen Zeugnisses nicht begehen.

Art. 160 zählt diejenigen Personen auf, die „auf Antrag einer Partei als Zeugen auszuschliessen" sind. Es erhebt sich nun die Frage, was der Gesetzgeber unter „Antrag" verstanden haben wollte. Aus dem Zweck dieser Bestimmung und dem Umstande, dass die Geltendmachung dieses Rechts ausschließlich dem Parteiwillen anheimgestellt ist, läßt sich der Schluß ziehen, dass in einem bloss allgemeinen Protest einer Partei gegen die Beweisanträge der Gegenpartei nocht nicht die Geltendmachung eines bestimmten Ausstandsgrundes gegen einen Zeugen, dessen Nichtberücksichtigung einen Nichtigkeitsgrund schaffen könnte, liegt. Das geht auch ohne weiteres aus Art. 192 Ziff. 2 und Art. 193 hervor.

---

[13]) Ebenso Tuason (S. 98), der diese Ansicht darauf stützt, dass der Zeuge seine eigene, unmittelbare Sinneswahrnehmung wiedergibt, mit der Wahrnehmung also die Zeugenqualität erwirbt.

Das g. R. kennt die Feindschaft eines Zeugen zu einer Partei nicht als Ausstandsgrund. Hingegen schließt es in Ziff. 3 diejenigen Personen von der Zeugenaussage aus, welche vom Ausgang des Prozesses für sich selbst einen Vor- oder Nachteil zu erwarten haben. Der Begriff ist so weit gefaßt, dass es sich erübrigte, alle diese Personen aufzuzählen; wie denn eine lückenlose Aufzählung im Gesetz kaum möglich gewesen wäre. Es wird immer durch die konkreten Umstände bedingt und Sache des richterlichen Ermessens zein, zu beurteilen, ob der Zeuge ein Interesse am Prozesse hat.

Der in Art. 72 des Zivilprozeßrechts von 1850 aufgestellte Grundsatz, dass es unzulässig sei, den Vermittler als Zeugen einzuvernehmen, ist nicht in das g. R. übernommen worden. Dieses steht vielmehr auf dem Standpunkt der freien Beweisabnahme und Beweiswürdigung zum Schutze des materiellen Rechts. Der Vermittler kann daher grundsätzlich als Zeuge einvernommen werden, jedoch nur für Aussagen, welche nicht die Rechtsbegehren, bezw. den Prozeßstoff des Vorstandes an sich betreffen, wohl aber z. B. über Ehrverletzungen, Tätlichkeiten, über Entstehung und Inhalt von Vergleichen, welche unter seiner Mitwirkung beim Vorstand zustande gekommen sind. Der Art. 160 Ziff. 7, wonach Geistliche, Ärzte, Anwälte in Bezug auf ihnen anvertraute Geheimnisse nicht als Zeugen einzuvernehmen sind, darf nicht nach Belieben per analogiam Anwendung finden, da sonst noch eine Reihe von Amtspersonen als Zeugen ausgeschaltet werden könnten, was dem Grundsatze der freien Beweisabnahme widersprechen würde.

Nach der Bestimmung des Art. 160 Ziff. 9 sind auf Antrag einer Partei nach Ermessen des Richters Personen als Zeugen auszuschliessen, „welche einen gerichtsnotorisch und amtlich ausgewiesenen, schlechten Leumund besitzen". Dabei kommt es für die Frage, ob der Leumund einer Person schlecht sei, weniger auf die Tatsache der gerichtlichen Bestrafung an, als vielmehr darauf, ob der betreffenden Person ein Mangel an Wahrheitsliebe zur Last falle, und sie zufolge dieses Charakterdefektes als Zeugen keinen Glauben verdiene. Denn es kann ein Zeuge, trotz seines nach anderer Richtung gegebenen schlechten Leumunds, bestimmte Tatsachen doch richtig beobachten und aussagen. Die Gesetzesbestimmung sagt ausdrücklich, dass es in dem Ermessen des Richters stehe, solche Personen als Zeugen auszuschliessen. Wenn daher eine Gerichtsinstanz einen

Zeugen wegen angeblich schlechtem Leumund nicht ablehnt, so liegt darin keine Verletzung des genannten Artikels, namentlich dann nicht, wenn der Zeuge für Tatsachen angerufen ist, die mit seinem Leumund in keinem Zusammenhange stehen.

B. Die Zeugnispflicht.

Die Zeugnispflicht bezieht sich auf alle durch Vorladung zur Zeugnisabgabe aufgeforderten Personen. Sie ist eine öffentlich-rechtliche, „deren Erfüllung zur Steuer der Gerechtigkeit der Rechtsordnung geschuldet wird" [14]).

Die Zeugnispflicht umfaßt das Erscheinen vor Gericht und Wiedergabe der Wahrnehmung nach bestem Wissen und Gewissen; den Zeugen trifft, wie die Parteien, die unbedingte Wahrheitspflicht. Die unbeschränkte Aussagepflicht hat durch das Recht der Zeugnisverweigerung eine Modifikation erfahren, die der Gesetzgeber in Art. 161 Ziff. 1—3 gewissen Personen als ein Vorrecht vorbehalten hat. Dieses Recht steht „zur Vermeidung unbilliger und aus einer rechtlichen Kollision ethischer und rechtlicher Pflichten entspringenden Gewissensbelastung" [15]) den unter Ziff. 1, 2 und 7 der genannten ablehnbaren Zeugen und denjenigen zu, die „zur eigenen oder zur Schande seines Ehegatten, Verlobten oder Blutsverwandten in auf- und absteigender Linie aussagen" müßten.

Die Erwägungen, von denen sich der Gesetzgeber hier leiten ließ, liegen wohl in der Gefahr der wahrheitswidrigen Aussage, wodurch „der Beweis dieser Zeugnisse sehr problematisch wird, und in keinem Verhältnis zu der dem Zeugen zugemuteten Pflicht steht" [16]). Bei der Auslegung des Art. 161 Ziff. 3 ist davon auszugehen, dass das Gesetz verhüten will, dass jemand, weil er sich scheut, sich selbst einer Handlung zu beschuldigen, die ihm Schande bringen würde, falsches Zeugnis abzulegen. Es ist daher von dem objektiven Maßstab auszugehen, und es ist das Recht der Zeugnisverweigerung immer zu anerkennen, wenn nach der im Volke herrschenden Auffassung, der Zeuge, wenn er die an ihn gestellte Frage bejaht, zu seiner Schande aussagen würde. Der Gesetzgeber hatte durchaus keinen Grund, einen Zeugen etwa veranlassen

---

[14]) Planck, S. 202.
[15]) Planck, S. 202.
[16]) Tuason, S. 105.

zu wollen, sich auf ein tieferes moralisches Niveau zu stellen. Daraus folgt aber, dass ein Zeuge, der selbst schon zugegeben hat, eine verwerfliche Handlung begangen zu haben, das Zeugnis über gewisse Details, welche seine Ehre nicht weiter berühren, nicht verweigern kann (RK 1926/26).

C. Die Zeugenvernehmung.

Die Beweisaufnahme besteht in der persönlichen Einververnahme des Zeugen durch den Richter. Der Richter sucht dadurch mit jedem Einzelnen in Kontakt zu kommen. Art. 164 Abs. 1 schreibt ausdrücklich vor, dass jeder Aussagende separat einvernommen werden solle. Eine Neuerung gegenüber dem alten Prozeßrecht hat das g. R. auch insoweit gebracht, als der genannte Artikel vorsieht, dass der Zeuge seine Wahrnehmung, „nachdem er vom Richter auf die Sache geleitet worden ist, im Zusammenhang zu machen" hat. Das verschließt den Parteien die Möglichkeit, weder in ihren Prozeßeingaben noch bei der Gerichtsverhandlung verlangen zu können, dass die Zeugen auf Grund formulierter Fragen einvernommen werden. Der Richter hat die gesetzliche Direktive, den Zeugen auf die Sache zu leiten, damit dieser alles, was er über die im Beweiserkenntnis aufgeführten Tatsachen weiss, im Zusammenhang erzählen kann. Erst im Anschluss daran steht dem Richter und den Parteien das Recht zu, aufklärende und ergänzende Fragen zu stellen. Die Vorzüge dieses Verfahrens sind vor allem die, dass man damit der Wahrheit viel näher kommt, als mit den früher üblichen, formulierten „Öffnungen" der Parteien auf die Zeugen.

Art. 165 bestimmt, dass die Beeidigung der Zeugen vorzunehmen ist, wenn die Parteien nicht ausdrücklich darauf verzichten. Doch hat die Praxis, u. E. mit Recht, den umgekehrten Weg eingeschlagen, in dem Sinne, dass die Beeidigung nicht vorgenommen wird, wenn sie von den Parteien nicht ausdrücklich verlangt wird. De lege ferenda wird eine Anpassung an diese Praxis wünschenswert sein.

III. Der Beweis durch Augenschein.

Der Zweck des Augenscheines ist allgemein der der sinnlichen Wahrnehmung der festzustellenden Tatsachen durch das Gericht. Das Gesetz räumt ihm eine Prioritätsstellung ein,

weil durch ihn das vom Gericht Wahrgenommene als unbestreitbar festgestellt wird.

Damit der Richter eine klare Kenntnis des Streitverhältnisses erlangt, ist er befugt, auch ohne Antrag einer Partei einen Augenschein anzuordnen, wenn er dieses Beweismittel zur Abklärung des Rechtsstreites förderlich oder nötig erachtet.

Art. 168 bestimmt, dass der Augenschein entweder vom Gesamtgericht oder von einer Kommission oder vom Präsidenten allein vorgenommen werde. Das Gesetz überläßt es den Parteien, zu beantragen, durch wen ein Augenschein vorgenommen werden solle. Sofern übereinstimmende Parteianträge vorliegen, hat der Richter dieselben zu respektieren. Sonst aber erledigt er diese Frage nach freiem Ermessen, jedoch innert der Schranken der gestellten Anträge der Parteien. Immer aber muß dem Begehren einer Partei um Vornahme eines Augenscheines entsprochen werden, wenn dasselbe vor Erlaß der Vorladung zur gerichtlichen Hauptverhandlung gestellt wird. Ebenso haben die Parteien das Recht, zum Augenschein auch Zeugen und Experten beizuziehen. Dies wird namentlich dann geschehen, wenn die Zeugen und Experten über die Lokalverhältnisse unterrichtet werden müssen.

IV. Der Beweis durch Expertisen.

Der Zweck des Beweises durch Expertisen ist der, dem Richter jene notwendigen Kenntnisse des Sachverhaltes zu vermitteln, die nur auf Grund von Spezial- oder Fachbildung aus dem Gebiete des zu begutachtenden Gegenstandes, erlangt werden können. Sachverständiger im prozessualen Sinne des Art. 171 ist ein Dritter, der über, vom Richter ihm angewiesenes Material auf Grund seiner Sachkunde aussagt. Die diese Kenntnis vermittelnde Person, der Sachverständige, ist nicht Beweismittel, sondern Gehilfe des Richters, um das von den Parteien vorgebrachte Material zu würdigen und zu beurteilen. Er ist somit lediglich Aufkärungsmittel in der Hand des Richters.

Die DZPO (Art. 255, 367 ff.) bezeichnet die Sachverständigen als Beweismittel in der Hand der Parteien und will auf sie die Vorschriften über den Zeugen angewandt wissen. Das st. gallische Recht ist von dieser Ansicht abgekommen, indem es (Art. 170) dem Richter das Recht einräumt, Expertisen von amteswegen anzuordnen, wenn die Wahrnehmung oder Beurteilung von Tatsachen besondere Fachkenntnisse er-

fordert. In diesen Fällen kann auch ohne Antrag der Parteien auf eine Expertise erkannt werden.

Hinsichtlich der Ausstandsgründe hat das Gesetz für die Experten Grundsätze aufgestellt, die denjenigen über den Ausstand von Gerichtspersonen analog sind und die in anderem Zusammenhange schon erörtert worden sind.

Die Sachverständigen werden nach Art. 142 vom zuständigen Gericht gewählt. Mit der Ernennung der Sachverständigen fixiert das Gesetz gleichzeitig den Zeitpunkt der Abnahme des Gutachtens. Er richtet sich danach, ob die Parteien im allgemeinen über den Untersuch von Sachverständigen und im speziellen über die zu begutachtenden Fragen einig sind. Er findet der Gerichtsverhandlung vorgängig statt, wenn beide Parteien auf die Expertise abgestellt und gegen die den Sachverständigen zu unterbreitenden Fragen keine Einsprache erhoben haben, ebenso in den Fällen, in welchen gegen die einseitige Produktion der Expertise und die Fragestellung keine Einsprache von der Gegenpartei erhoben worden ist. Hier bestimmt das Gesetz, dass das Gutachten vor der Gerichtsverhandlung einzuholen und zur Kenntnis der Parteien zu bringen ist. In allen andern Fällen erfolgt die Nomination der Sachverständigen in Verbindung mit dem Beweiserkenntnis, durch welches die zu unterbreitenden Fragen festzustellen sind. Hier formuliert der Richter die den Experten zu unterbreitenden Fragen, allerdings unter Mitberücksichtigung der Parteiverhandlung; allein der Richter muß diejenigen Fragen an die Experten stellen, die nach seiner Rechtsanschauung für den Entscheid der Streitsache erheblich sind. Immerhin erstreckt sich dieses Fragerecht auch auf die Befugnis, den Sachverständigen auch weitere Fragen, über deren Erheblichkeit verschiedene Auffassungen möglich sind, vorzulegen.

Was die Wahl der Experten anbetrifft, so ist der Richter nach Art. 173 Abs. 2 an die übereinstimmenden Vorschläge der Parteien gebunden; erst wenn keine solchen vorliegen, besteht für den Richter ein freies Wahlrecht, wobei er aber nach Möglichkeit solche Sachverständige ernennen soll, die das Vertrauen beider Parteien besitzen. Das st. gallische Recht gibt also dem Richter nicht so weite Kompetenzen bezüglich der Wahl der Experten wie z. B. das zürcherische (Art. 213 Abs. 2) und das bernische (Art. 265), die die Ernennung ganz dem Gerichte überlassen, wobei sie ein Ablehnungsrecht (Art. 214

bezw. 267) vorsehen, in denen die Grundsätze über die Ablehnbarkeit von Sachverständigen des st. gallischen Rechts analoge Anwendung finden. Im allgemeinen sollen drei Sachverständige ernannt werden. Es steht aber den Parteien das Recht zu, sich über eine geringere Anzahl zu einigen.

Art. 174 bestimmt, dass Sachverständige auf Parteiverlangen hin durch Handgelübde zu vereidigen sind. Dieses tritt ausdrücklich an Eidesstatt. Eine Ausnahme besteht nur für jene Sachverständigen, welche „für die in Frage liegende Art der Begutachtung zur Zeit in Amtspflicht stehen" (z. B. Bezirksarzt [17]).

Die Anordnungen zur Vollziehung der Expertise sind ausschließlich Sache des Gerichtspräsidenten (Art. 175 Abs. 1). Die Parteien und ihre Vertreter sind hierzu einzuladen und befugt, die den Sachverständigen durch den Richter zu unterbreitenden Fragen mündlich zu erweitern.

Nach Art. 177 ist der Richter an das Gutachten gebunden — unter Ausschluß der freien Beweiswürdigung —, wenn die Gutachten der Experten übereinstimmend sind oder wenn nur ein solches eingeholt worden ist. Es „bildet vollen Beweis, sofern der Richter selbst die Begründung des Gutachtens als zulässig anerkennt". Demnach ist dem Richter auch bei mangelhafter, nicht überzeugender Arbeit der Experten die Möglichkeit geboten, eine zweite Expertise anzuordnen. Dies also auch dann, wenn die Sachverständigen verschiedener Ansicht waren oder wenn nur ein Gutachten vorliegt. Dem Richter obliegt es dann allerdings, seine von der Expertise abweichende Auffassung zu begründen, „um sich nicht dem Vorwurfe willkürlicher Beurteilung auszusetzen [18]).

Das Gutachten der Sachverständigen ist den Parteien mindestens 14 Tage vor der angesetzten Tagfahrt abschrifttich mitzuteilen (Art. 178).

---

[17]) Bern und Zürich kennen sie z. B. nicht. Zürich kennt immerhin eine diesem Artikel verwandte Bestimmung (Art. 217), nach der die Experten bei ihrer Bestellung auf die Pflicht „Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben, aufmerksam gemacht werden sollen unter Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen (Art. 108 des Strafgesetzbuches) eines wissentlich unrichtigen Gutachtens".

[18]) Scherrer-Füllemann, Kom. z. Gesetz betr. die Zivilrechtspflege Anm. 2 zu Art. 177.

Weist das Gutachten Unvollständigkeiten oder Unklarheiten auf, so hat der Richter von sich aus oder auf Antrag einer Partei das Recht, dasselbe ergänzen zu lassen. Ebenso ist er auch befugt, „von sich aus oder auf motivierten Antrag einer Partei die Vorladung der Sachverständigen zur Schlußverhandlung behufs mündlicher Ergänzung oder Erläuterung ihres Gutachtens zu beschliessen" (Art. 179).

Der Beweiswert der Sachverständigenaussage richtet sich wie der Beweiswert der Zeugenaussage nach der Größe ihres Einflusses auf die Bildung der richterlichen Überzeugung von Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden tatsächlichen Parteibehauptung. Das Gutachten ist, wie die Zeugenaussage, materieller Beweisgrund. So wird denn auch der Beweiswert des abzugebenden Gutachtens im einzelnen mutatis mutandis nach denselben Gesichtspunkten zu prüfen sein, welche bei der Prüfung des Zeugnisses erwogen sind.

V. Der Beweis durch Parteieid.

Man kann gegen den Eid als Beweismittel aus verschiedenen Gründen Bedenken hegen. Dies hier weitschweifend zu erörtern, würde zu weit führen und den Rahmen dieser Arbeit überschreiten. Nach g. R. wohnt sowohl dem Eid als auch dem Handgelübde die gleiche Kraft inne: Beide zwingen den Richter an das Ergebnis.

Die Voraussetzung ist nach Art. 180 Abs. 1 Parteiantrag [19]). Die Eideszuschiebung ist nicht etwa eine Offerte an den Gegner, ebenso die Annahme des Eides keine den Vertrag vollendete Acceptation, sondern beide sind Erklärungen der Partei an das Gericht über die Ausübung eines ihr von der Prozeßordnung dargebotenen Rechtes. Seiner prozeßrechtlichen Natur ist der Eid des st. gallischen Rechts ein formelles, aber in den Dienst des materiellen Beweissystems gestelltes Beweismittel.

Will man indes den Charakter, den das Gesetz in seinen Bestimmungen über den Eid offenbart, erforschen, so tritt man

---

[19]) Das st. gallische Recht hat sich demnach eine andere Auffassung zur Grundlage gewählt als dies die DZPO zeigt, die unter gewissen Voraussetzungen auch dem Richter das Recht einräumt, zur Feststellung der zu erweisenden Tatsachen einer Partei von sich aus den Eid aufzuerlegen.

immer der Tendenz entgegen, den Eid vor Mißbrauch und leichtsinniger Verwendung möglichst zu schützen. Art. 180 bestimmt, dass der Eid dem Beweisführer oder dem Gegner nur dann abgenommen werden darf, „wenn eine erhebliche und bestrittene Tatsache durch andere Beweismittel nicht zur vollen Gewißheit gestellt, sondern entweder diese Tatsache oder die derselben entgegenstehende Behauptung nur wahrscheinlich gemacht worden ist". Eine Eideszuschiebung hat das Gesetz nur insoweit zugelassen, als nach dem materiellen Beweissystem ein Bedürfnis der Beweisführung besteht. Die Bedingung ist demnach eine Tatsache. Da das Wesen materieller Beweisführung darin besteht, dem Richter die Erkenntnis von Tatsachen zuzuführen, damit er daraus mittelst Schlußfolgerung über Dasein und Inhalt des streitigen Rechts sich eine Überzeugung bildet, kann auch das, durch den Gebrauch der Eideszuschiebung herbeizuführende Mittel in der, die richterliche Erkenntnis ersetzenden, formellen Feststellung jener Tatsachen bestehen.

Des fernern erfordert das Gesetz, dass der Eid eine bestrittene, erhebliche Tatsache behandelt. Er kann nicht gefordert werden über eine gerichtlich zugestandene Tatsache. Ein weiteres, die Erschwerung der Eidesabgabe vollziehendes Moment ist die Unzulässigkeit der Eidesüberbürdung in den Fällen, wo der Tatbestand einer strafbaren Handlung in Frage liegt.

Die Eidesüberbürdung setzt, in Anbetracht der Bedeutung derselben, ein motiviertes Beweiserkenntnis hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit der zu beschwörenden Tatsache voraus. Gegen dieses Beweiserkenntnis ist nach Art. 302 Ziff. 3 in appellablen Prozessen die Berufung selbständig zulässig.

Art. 182 fordert grundsätzlich, dass die beteiligte Partei den Eid selbst zu schwören habe. Das Gesetz stellt hinsichtlich der Person des Schwurpflichtigen Erschwerungen auf, indem der Eid nur solchen Personen überbunden werden darf, „welche das 16. Altersjahr zurückgelegt haben und zur Ablegung eines Zeugnisses fähig sind". Wenn die beteiligte Partei nicht imstande ist, den Eid selbst zu leisten, so kann derselbe ausnahmsweise auch Drittpersonen übertragen werden. Es läßt diesen Eid nur als Wahrheitseid zu, indem es sagt, dass er nur „über Tatsachen, von welchen sie eigene oder unmittelbare Kenntnis haben", erfolgen dürfe. Die in Frage stehenden Per-

sonen sind nach Art. 182 Ziff. 1—4 Vormünder für die unter ihrer Vormundschaft stehenden Personen; Vollmachtträger und Geschäftsführer für ihre Vollmachtgeber und Geschäftsinhaber; Vorsteher, Verwalter und Gesellschafter für die betreffenden Amtsstellen; Streitgenossen und Anteilhaber für Mit- und Nebenberechtigte und Verpflichtete.

Dem Richter obliegt die Pflicht, den Eidespflichtigen vor der Eidesabnahme über die Wichtigkeit des Eides und die Folgen des falschen oder unbesonnenen Eides zu belehren, (Art. 184). Auch ein falsch abgelegtes Zeugnis macht den Zeugen, sofern der Gerichtspräsident diese Bestimmung nicht beachtet, nicht strafbar.

Wenn sowohl Eid als Handgelübde, sei es ausdrücklich oder durch Erklärungen oder Vorbehalte, abgelehnt werden, so bestimmt das Gesetz (Art. 185), dass der Richter die Behauptungen des Gegners für wahr anzunehmen habe.

Eine Ausnahme hinsichtlich der erforderten Wahrscheinlichkeit der zu beschwörenden Tatsache schafft das Gesetz für die Eidesablegung im Vaterschaftsprozeß. Die Klägerin ist nach den Bestimmungen des Art. 187 nur dann zum Paternitätseid zugelassen:

1. wenn die der Anzeige gemäß erfolgte Niederkunft den Wahrscheinlichkeitsbeweis für die Richtigkeit der Klage begründet;
2. wenn die Klägerin nicht schon einmal außerehelich geboren hat;
3. wenn sie sonst einen vollkommen guten Leumund genießt.
   Mangel der unter Ziff. 2 und 3 genannten Voraussetzungen erschüttern die moralische Qualität der Klägerin und damit ihre Glaubwürdigkeit;
4. wenn keine andern Tatsachen bewiesen sind, welche die Glaubwürdigkeit ihrer Angaben wesentlich schwächen.

Der Eid nach Art. 187 verlangt bestimmte Prämissen und kann nur zugelassen werden, wenn sie alle vorhanden sind. Der Art. 180 dagegen läßt alle möglichen Prämissen zu. Es ist daher wohl denkbar, dass diejenigen für den Art. 187 fehlen, bezw. nicht vollständig sind, dass dagegen die Gesamtheit dessen, was sonst bewiesen oder wahrscheinlich gemacht worden ist, genügt, um den allgemeinen Eid nach Art. 180 zuzulassen.

B. Besondere Bestimmungen.

1. Verfahren vor Bezirks- und Kantonsgericht.

a) Vorverfahren:

Die Einschreibung des Rechtsstreites bei der Kanzlei des zuständigen Gerichts ist im st. gallischen ZP die Klageanhängigmachung beim Gericht. Der Prozeßgang wird bestimmt durch den Inhalt der Parteihandlungen und der prozeßleitenden, richterlichen Handlungen, deren Form und Reihenfolge.

Die Form der Klagehandlung ist im st. gallischen ZP eine genau umschriebene, bestimmte, und zwar insoweit, als der Kläger gleichzeitig mit der Anhängigmachung des Rechtsstreites beim Gericht eine Prozeßeingabe einreichen muß (Art. 189). Es steht also nicht im Belieben des Klägers, ob er eine Prozeßschrift einreichen will oder nicht, sondern er ist hiezu verpflichtet.

Der Gesetzgeber spricht sich für ein materiell schriftliches Vorverfahren aus. Dadurch sollen Überraschungen, denen die Parteien sonst ausgesetzt sind und die sie berechtigen könnten, eine Vertagung auf einen neuen Termin zu verlangen, vorgebeugt werden. Die B. R. sagt darüber, nachdem sie die Nachteile des bisherigen, bloss formellen, schriftlichen Vorverfahrens geschildert: „Solchen Zuständen gegenüber verdienen materielle Prozeßeingaben ohne allen Zweifel den Vorzug. Denn sie gestatten dem Richter und den Anwälten einen ziemlich klaren Einblick in die Prozeßlage und führen infolgedessen gewiß nicht selten ohne Prozeßverhandlung zur Erledigung einer Streitsache; sie ermöglichen auch eine gründliche Behandlung der Prozesse durch die Anwälte und Richter; sie erleichtern sodann die sonst vielfach mangelhafte Protokollführung bei den Bezirksgerichten" (S. 29). „Die Eingaben sollen in gedrängter Kürze das dem Streitfall zu Grunde liegende Sachverhältnis enthalten, sowie die nötigen Beweisanträge und die zum Verständnisse des Rechtsstreites unumgänglich nötigen rechtlichen Gesichtspunkte. In der Praxis sollen die Gerichte streng darauf achten, dass diese durchaus angemessenen und speziell mit Rücksicht auf den Kostenpunkt angezeigten Schranken nicht überschritten und gegen allfällige Mißbräuche mit den durch den Entwurf gebotenen Disziplinarstrafmitteln rücksichtslos eingeschritten werden," (S. 28).

Was im Einzelnen die Gültigkeitsform einer Klage, d. h. als Prozeßvoraussetzung anzusehen ist, muß auf Grund der Prozeßordnung und auf dem Wege der Interpretation festgestellt werden. Es unterliegt keinem Zweifel, dass gewisse Teile der Vorschrift von Art. 189 in dem Sinne zwingendes Recht enthalten, daß von ihrer Beachtung die Gültigkeit der Anhängigmachung des Rechtsstreites beim Gericht abhängt.

Als Gültigkeitserfordernis ist ferner anzusehen, die genaue Bezeichnung der Prozeßparteien in der Klageschrift, die Angabe des Rechtsbegehrens und die Unterschrift der Parteien oder deren Vertreter. Aber es sind nicht alle Vorschriften des Art. 189 zwingender Natur; so wäre es ein sachlich unbegründeter Formalismus, wollte man eine Klageschrift deshalb als ungültig erklären, weil sie den „Stand" oder das „Gewerbe", oder die Bezeichnung der Parteistellung, wenn diese sich sonst klar ergibt, nicht enthält. Anders verhält es sich mit der in Ziff. 6 geforderten Unterschrift der Parteien. Das KG (1918/13) hat entschieden, dass eine Klageschrift, die nicht unterschrieben ist, als nicht eingereicht gilt. Das Erfordernis der Unterschriften ist also zwingend. Damit erhebt sich die Frage, wie die Unterschrift beschaffen sein müsse, um rechtsgültig zu sein. Das OR. schreibt in Art. 14 Abs. 1 vor, dass die Unterschrift eigenhändig zu geschehen habe. Zweck dieser Bestimmung ist, die Möglichkeit zur genauen Individualisierung des Ausstellers einer Urkunde zu schaffen. Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass da, wo ein Vertreter unterzeichnet, dieser seinen Namen eigenhändig der Formel, die das Vertretungsverhältnis andeutet, beizufügen hat. Dieser Grundsatz gilt auch für den st. gallischen ZP.

Aber auch „die Angabe der Beweismittel" (Urkunden, Zeugen, Expertisen, Eidesanträge) kann nur insofern zwingender Natur sein, als der Kläger im Unterlassungsfalle des Rechtes zur Geltendmachung derselben verlustig wird.

Mit der Vorschrift, die dem Rechtsbegehren zu Grunde liegenden Tatsachen in der Prozeßeingabe zu nennen, bezweckte der Gesetzgeber vor allem die Orientierung der Gegenpartei über die Natur des eingeklagten Anspruches. Nach dem st. gallischen Prozeßrecht dürfen im allgemeinen nur diejenigen Tatsachen vom Richter gewürdigt werden, welche in den Prozeßeingaben enthalten sind, was sich aus der ganzen Struktur dieses Prozeßrechts mit dem schriftlichen Vorverfahren ergibt.

Es wollte aber keineswegs gesagt werden, dass der Kläger, bei Gefahr der Ungültigkeit der Prozeßeinreichung, mit der Prozeßeingabe alle Tatsachen angeben müsse, welche für den Schutz der Klage von Bedeutung sind. Hievon kann schon deshalb keine Rede sein, weil die Prüfung der Frage, ob ein in der Klageschrift angegebener Tatbestand der Vorschrift des Art. 189 genüge, in vielen Fällen nicht leicht zu beantworten wäre. Auch würde die Zulassung einer auf diese Vorschrift gestützten Uneinlässlichkeitseinrede unfruchtbaren Prozeßstreitigkeiten rufen und die Sicherheit der Rechtsverfolgung gefährden, es sei denn, dass der Kläger in der Prozeßeingabe jede Anführung von Tatsachen unterlassen hat, in welchem Falle der Gegenpartei in der Tat nicht zugemutet werden kann, sich auf die Klage einzulassen. Der st. gallische ZP erwähnt die Feststellungsklage überhaupt nicht. Wenn solche zugelassen werden, trotzdem eine gesetzliche Grundlage dafür fehlt, so ist über den Begriff und die Zulässigkeit dieser Klagen nach kantonsgerichtlicher Praxis (1908/14) die allgemeine Prozeßrechtsdoktrin zu Rate zu ziehen. Das KG hat die Feststellungsklage dann als zulässig erklärt, wenn ein bestimmt umgrenzter Anspruch, an dessen richterlichen Feststellung der Kläger ein Interesse hat, ins Recht gesetzt ist. Unerheblich ist, ob auch der Beklagte ein Interesse an der Feststellung hat. Das Handelsgericht ist noch weiter gegangen (1926/40), indem es ausgeführt hat, „dass eine Feststellungsklage stets zugelassen werden muß, wenn das streitige Rechtsverhältnis noch nicht alle Rechtsfolgen ausgelöst hat und insofern als noch in Entwicklung befindlich erscheint, wie das zutrifft, wenn zwar ein Teil des Schadens eingetreten ist, aber noch nicht der gesamte zu erwartende Schaden“ [20]).

Wir haben im Vorstehenden darauf hingewiesen, dass Art. 189 manche Vorschriften enthält, deren Erfüllung nicht Gültigkeitserfordernis sein kann, „weil sonst der Form eine Bedeutung eingeräumt würde, welche ihr als Dienerin des materiellen Rechtsschutzes nicht zukommt,“ [21]). Zu diesen blossen Ordnungsvorschriften gehört auch die Bestimmung des zweitletzten Absatzes, wonach die Prozeßeingaben in einem Exemplar für das Gericht und

---

[20]) Hellwig, Bd. I S. 302 ff.

[21]) KG 1925/14.

so vielen Ausfertigungen als Beklagte oder anderweitig streitbeteiligte Parteien sind, der Gerichtskanzlei abzugeben sind. Diese Vorschrift ist wohl zu unterscheiden von dem Grundsatz, dass überhaupt eine Prozeßeingabe eingereicht werden müsse. Das leuchtet ohne weiteres ein, wenn man an die Härte denkt, die darin liegen würde, dass z. B. eine Klageeinleitung, wegen Fehlen eines Klagedoppels für einen Litisdenunziaten oder bei mehreren Prozeßbeteiligten für einen derselben als ungültig bezeichnet werden müßte.

Das für die Gegenpartei bestimmte Exemplar wird dieser durch den Gerichtspräsidenten, mit Ansetzung der Frist von 20 Tagen für die auch wieder in gleicher Anzahl, wie die Klageschrift, dem Gerichte einzureichende Klageantwort, zugestellt. Art. 193 bestimmt, dass der Kläger innert 14 Tagen seit Zustellung der Antwort die Replik, der Beklagte innert der gleichen Frist seit Zustellung derselben, die Duplik einzureichen hat. Dieser Bestimmung kann nicht der Sinn beigemessen werden, als ob der Kläger durch den Verzicht auf die Eingabe einer Replik die Tatsache, die der Beklagte in seiner Klageantwort behauptet hat, als richtig anerkannt habe, und dass sie daher gemäß Art. 141 Abs. 1 keines Beweises mehr bedürfte, sondern als zugestanden erachtet werden müsse. Aus dem Verzicht des Klägers dürfen daher keinesfalls die Kontumazialfolgen abgeleitet werden. Solche Folgen sind in Art. 210 nur bei Nichteinreichung von Klage oder Antwort vorgesehen. Wenn der Gesetzgeber die gleiche Konsequenz auch für die Unterlassung einer Replik oder Duplik hätte ziehen wollen, so hätte er dies ausdrücklich sagen müssen. Die Einreichung von Replik und Duplik im schriftlichen Vorverfahren ist nicht obligatorisch; es kann auf sie ohne Rechtsnachteil ebenso gut verzichtet werden, wie im mündlichen Vorverfahren. Art. 193 verlangt nur, dass, falls eine Replik oder eine Duplik überhaupt eingereicht werde, dies jeweilen innert 14 Tagen zu geschehen habe. Deshalb würden wir die Fassung des Art. 193 in dem Sinne vorziehen, indem das Wort „hat" durch „kann" ersetzt würde. Eine Verwirkung von prozessualen Rechten zu Lasten einer Partei darf nach prozessualen Grundsätzen nur in denjenigen Fällen ausgesprochen werden, wo sie im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, d. h. die Kontumazialvorschriften, die einen prozessualen Ausnahmezustand schaffen, dürfen nicht ausdehnend interpretiert werden.

Auch wenn eine Partei eine Replik nicht einreicht, bleibt ihr das Bestreitungsrecht der Behauptungen der Klageantwort für die mündliche Verhandlung durchaus gewahrt; sie kann nur in der mündlichen Verhandlung keine neuen Beweisanträge stellen. Solche Anträge können wirksam nur in den Prozeßschriften erfolgen. Anbringen, die ein Beklagter in der Duplik, mit welcher der Schriftenwechsel in der Regel abgeschlossen ist, vorbringt, können vom Kläger noch in der mündlichen Verhandlung bestritten werden und gelten keinesfalls als anerkannt.

Die oben genannten Fristen zur Einreichung der Prozeßeingaben können vom zuständigen Gerichtspräsidenten verlängert, oder, wenn Gefahr im Verzug ist, verkürzt werden (Art. 194).

Durch die vorgenannten Prozeßeingaben ist der Schriftenwechsel in der Regel endgültig abgeschlossen [22]).

Neben diesen ordentlichen Prozeßeingaben läßt das Gesetz noch weitere, nachträgliche zu. Diese sollen es ermöglichen,

---

[22]) Das zürcherische Recht weist gegenüber dem st. gallischen tiefeinschneidende Variationen auf. Art. 123 Abs. 1 des zürcherischen Rechtes sagt: „Der Kläger kann mit der Weisung einer Klageschrift ein Doppel einreichen"; Art. 123 Abs. 2: „Der Beklagte kann seine Antwort auf die Klagebegründung vor der Hauptverhandlung schriftlich einreichen". Dies auch dann, wenn der Kläger die Klagebegründung nicht schriftlich eingereicht hat. Dieser fakultative Schriftsatz (im Gegensatz zur obligatorischen Klageschrift vor Handelsgericht) schafft die Möglichkeit der Einreichung einer Klageschrift und schriftliche Klagebeantwortung vor der Hauptverhandlung. Aber diesem schriftlichen Vorverfahren, soweit es überhaupt angewendet wird, kommt, wie im st. gallischen ZP, nicht etwa die Bedeutung der mündlichen Klagebegründung oder Klageantwort zu; maßgebend ist der mündliche Parteivortrag der Streitkontrahenten vor dem Forum. Die Parteien können immerhin den Inhalt der Schriftsätze als integrierenden Bestandteil des mündlichen Klagevortrages erklären.

Maßgebend für die Litiskontestation, deren Zeitpunkt und den Inhalt des Klagebegehrens ist die Weisung, nicht der Schriftsatz.

Bei genauerer Prüfung und Beobachtung des hochentwickelten Wirtschaftslebens und den damit verbundenen komplizierten Rechtsverhältnissen Zürichs muß die gegen ein schriftliches Vorverfahren äußerst zurückhaltende Stellung des Gesetzgebers Auffallen erregen. Der Gesetzgeber spricht ausdrücklich nur von einem Rechte, nicht aber von einer Pflicht schriftlicher Eingabe; es muß geradezu auffallen, dass für den Beklagten diese Pflicht auch dann nicht besteht, wenn die Klage schriftlich erfolgt ist. Das ist doch eine offensichtliche Benachteiligung des Klägers, der alle ihm bekannten Tatsachen offen bekannt und hingelegt hat, während der Beklagte noch damit bis zur Verhandlung zuwarten kann, wodurch er den Kläger oft unliebsamen Überraschungen aussetzen kann.

wichtige Tatsachen und Beweisanträge auch noch nach Abschluß des ordentlichen Schriftenwechsels geltend zu machen. Das Gesetz bestimmt, dass solche nachträgliche Eingaben spätestens 7 Tage vor der Gerichtsverhandlung eingereicht werden sollen. Doch ist dies lediglich Ordnungsvorschrift. Es besteht also die Möglichkeit zur Einreichung auch noch später, wobei allerdings die Gegenpartei berechtigt ist, auf Kosten der die Eingabe einreichenden Partei, Aufschub zu verlangen. In Bezug auf die prozeßrechtliche Frage, ob die Einreichung neuer Beweisanträge (durch nachträgliche Prozeßeingabe) nach der Hauptverhandlung, aber vor der Schlußverhandlung zulässig sei, ist zu berücksichtigen, dass nach st. gallischem ZP die Einreichung der Prozeßeingaben ins Vorverfahren verwiesen ist, und dass besondere Bestimmungen über das Novenrecht nur im Appellationsverfahren vorgesehen sind (Art. 306). Wenn neue tatsächliche Behauptungen und Beweisanträge ganz allgemein zulässig sein sollten, so wäre Art. 306 offenbar eine ziemlich

---

Immerhin hat Art. 150 diesem Mißstande etwas Abhilfe geschaffen und dem schriftlichen Vorverfahren weiteren Spielraum belassen, indem dieser bestimmt: „Wenn es wahrscheinlich ist, dass eine Prozeßsache wegen ihrer Weitläufigkeit durch eine mündliche Verhandlung nicht genügend aufgeklärt würde, so kann der Gerichtsvorstand anstatt der Hauptverhandlung sowohl von amteswegen als auf den Antrag einer Partei ein schriftliches Verfahren anordnen." Die Leitung dieses schriftlichen Verfahrens liegt in den Händen des Gerichtsvorsitzenden oder Instruktionsrichters. Was nun dieses Vorverfahren, soweit es schriftlich ist, von demjenigen des st. gallischen ZP unterscheidet, das ist der Zweck. Im zürcherischen Gesetz hat es nicht nur präparatorischen Charakter, wie dies bei den Schriftsätzen nach st. gallischem Recht der Fall ist. Es bezweckt vielmehr, die mündliche Hauptverhandlung durch den Schriftenwechsel ganz oder teilweise zu ersetzen; es tritt mit allen Folgen ganz oder teilweise an die Stelle der mündlichen Verhandlung.

Das Verfahren des vorbereitenden Schriftsatzes weist nach den verschiedenartigen Regelungen der kantonalen Gesetzgebungen eine sehr bunte Ausgestaltung auf. Wesentlich ist, dass die Intensionen der Prozeßrechtsgesetzgeber darauf hinauslaufen, durch das schriftliche Einleitungsverfahren eine einheitliche Grundlage zu schaffen, welche für die gerichtliche Hauptverhandlung den Prozeßstoff fixiert. Die Konsequenzen, die daraus zu folgern sind, lassen sich zusammenfassen, indem die Parteien mit voller Sachkenntnis vor das Forum treten können, ohne dort den Aktenbestand beeinflußende Nova gewärtigen zu müssen. Das Ziel, auf das diese Tendenz hinausläuft, ist dies, die Parteien vor Überraschungen, die sehr oft zu Vertagungen und Neuansetzungen der Termine führen, zu sichern und dadurch Prozeßverschleppungen zu vermeiden.

überflüssige Bestimmung und hätte jedenfalls anders gefaßt werden müssen. Es gilt hier der Grundsatz, dass Noven nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nur im Appellationsverfahren, nicht aber vor der gleichen Instanz in den Prozeß eingeführt werden dürfen. Zum gleichen Schluß führen überdies allgemeine Erwägungen über den Prozeßgang und die Vergleichung der Art. 214, 196 und 219. Der Grundzug des st. gallischen ZP ist die Gliederung in das schriftliche Vorverfahren und die mündliche Hauptverhandlung, an welche sich lediglich noch die vom Gericht für relevant befundenen Beweisaufnahmen anschliessen. Das Vorverfahren hat die gerichtliche Hauptverhandlung vorzubereiten und den Prozeßstoff in tatsächlicher Beziehung zu fixieren. Die gerichtliche Verhandlung ruht auf den im Vorverfahren gewechselten Prozeßschriften, wie denn auch über den Inhalt der mündlichen Vorträge im Gesetz nichts bestimmt ist, als der Zeitpunkt, wann Vorfragen und Sistierungsbegehren anzubringen seien. Daraus folgt ohne weiteres, dass die Prozeßeingaben der Hauptverhandlung vorgängig eingereicht werden müssen. Dieser grundsätzlichen Auffassung entsprechend bestimmt denn auch Art. 214, dass Beweisdekrete vom Gericht abgeändert werden können, wenn letzteres im Laufe des Prozeßverfahrens sich von der Unrichtigkeit seines Erlasses überzeugt; von einer Unrichtigkeit im prozessualen Sinn kann aber nur gesprochen werden, wenn die zur Zeit des Erlasses des Beweisdekretes vorliegenden Behauptungen, Beweisanträge und Beweise unrichtig gewürdigt wurden, während der Umstand, dass die Parteien das in Wirklichkeit vorhandene Beweismaterial nur unvollständig in den Prozeß einführen, mit der prozessualen Unrichtigkeit nichts zu tun hat. Wenn nachträgliche Prozeßeingaben auch n a c h Erlaß eines Beweisdekretes in der gleichen Instanz zulässig wären, so hätte Art. 214 offenbar auch in diesem Falle eine Änderung des Beweisdekretes vorsehen müssen. Das ist nicht geschehen. Ja, es ist (wie schon hingewiesen) in dem die Zulässigkeit der nachträglichen Prozeßeingaben regelnden Artikel 196 sogar ausdrücklich angeordnet, dass wegen Einreichung nachträglicher Prozeßeingaben die Hauptverhandlung zu verschieben sei, wenn mit Rücksicht auf die kurze Frist dem Gegner die Einlassung in die Hauptverhandlung nicht zugemutet werden könne; es ist also auch hier vorausgesetzt, dass n a c h der Hauptverhandlung in der gleichen Instanz nachträgliche Prozeßeingaben

rechtlich nicht mehr möglich seien. Diese Auffassung wird bestätigt durch den Wortlaut des Art. 219, wonach in der Schlußverhandlung die Parteien nur das Ergebnis des Beweisverfahrens würdigen, also nicht neue tatsächliche Behauptungen aufstellen und neue Beweise antragen dürfen. Die Parteien wären daher gar nicht in der Lage, vor Gericht die neuen Behauptungen, welche in der nach der Hauptverhandlung eingereichten nachträglichen Prozeßeingabe aufgestellt wurden, im mündlichen Vortrag zu erörtern und die rechtlichen Konsequenzen daraus abzuleiten; sie sind vielmehr an die Schranken des Art. 219 gebunden. Nach all dem ergibt sich, dass Vorverfahren und Hauptverhandlung eine erschöpfende Sachdarstellung enthalten sollen und nachher neue Behauptungen und Beweismittel nur zulässig sind, soweit der ZP es ausdrücklich vorsieht, wie im Art. 306 für das Appellationsverfahren und in Art. 318 für das Revisionsverfahren.

b) Vorfragen:

Der Abschnitt über das „Vorverfahren", hat lediglich die Struktur des Verfahrens und die Beteiligung der Parteien hinsichtlich der Beschaffung der Prozeßmaterialien behandelt. Daneben ist ein weiterer Punkt von Wichtigkeit: Die Sonderung der Verhandlung über die Prozeßvoraussetzungen von der Verhandlung über das streitige materielle Recht der Parteien.

Die Vorfragen beziehen sich auf die Prozeßvoraussetzungen, die constitutiven Elemente des Prozessrechtsverhältnisses. Soweit diese Vorfragen sich auf die Persönlichkeit des Richters und der Parteien beziehen, werden die Voraussetzungen wohl in den meisten Fällen erfüllt sein, und es kann demnach ohne weiteres auf das Materielle des Rechtsstreites eingetreten werden. Komplizierter gestalten sich die Verhältnisse, wenn sich diese z. B. auf den Gerichtsstand, die Gerichtskompetenz oder die Frage der Einlassungspflicht beziehen; steht nur eine relative, z. B. eine örtliche, durch stillschweigende Vereinbarung der Parteien heilbare Unzuständigkeit in Frage, dann sind solche Kompetenzmängel, welche nur auf Antrag einer Partei vom Richter geprüft werden, gemäß Art. 192 Abs. 1, Art. 197 und Art. 56 Abs. 3 spätestens in der schriftlichen Klagebeantwortung geltend zu machen. Anders dagegen verhält es sich, wenn die sachliche Zuständigkeit in Frage steht, welche vom Richter von amteswegen zu prüfen ist. Ein sachlich unzuständiges

Gericht wird auch durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien nicht zuständig.

Sofern sich Vorfragen auf die Einlassungspflicht beziehen, kann die Bestreitung derselben nicht auf prozessuale Rechtsgründe beschränkt, sondern auf materiellrechtliche Verhältnisse gestützt werden, sofern nicht solche der Beurteilung des Klageanspruches durch den angerufenen Richter im Wege stehen.

Art. 197 regelt dies, indem er sagt: „Sofern Vorfragen erhoben worden sind, welche den Gerichtsstand oder die Gerichtskompetenz oder die Frage der Einlassungspflicht betreffen, hat sich das gerichtliche Vorverfahren auf die hierauf bezüglichen Behauptungen, Bestreitungen und Beweismittelproduktionen zu beschränken, es sei denn, dass die betreffende Partei deren Behandlung in Verbindung mit der Hauptsache verlangt". Über diese Voraussetzungen ist schon in anderm Zusammenhange hingewiesen worden; hier kann es lediglich darauf ankommen, sie im Zusammenhang mit dem gerichtlichen Verfahren kurz darzustellen. Diese Vorfragen können, je nach dem Verlangen der Parteien, welche dieselben stellt, gesondert oder in Verbindung mit der Hauptsache behandelt werden. Daneben kennt das Gesetz noch andere Vorfragen, wie diejenigen, die die Ablehnung einer Gerichtsperson oder eines Sachverständigen, sowie Vertagungs- und Sistierungsbegehren umfassen, die gesondert, von der Hauptsache getrennt zu behandeln sind. Die Trennung von Vorfragen und Hauptsache ist, soweit es die Vorfragen im Sinne des Art. 197 umfaßt, ein jus cogens; die Behandlung in Verbindung mit der Hauptsache ist aus prozeßrechtlichen Gründen ausgeschlossen. Der Gesetzgeber stellt diese Bestimmung auf, um den Vorteil der Rechtssicherheit zu gewährleisten; es ist die Loslösung der Feststellung einer rechtlich erheblichen Behauptung von dem Hauptrechtsstreit und die Behandlung im selbständigen Verfahren mit der Wirkung, daß dem daraus ergehenden Feststellungsendurteil materielle Rechtskraft beizumessen ist. Die Prozeßordnung erhebt damit das, was an sich nur Prozeßanspruch der Partei gegen das Gericht im Laufe des anhängigen Rechtsstreites ist, zu einem selbständig, im Wege der Klage zu verfolgenden Anspruch gegen das Gericht, zu einem prozessualischen Klagerecht auf Feststellung.

c) Verfahren vor Gericht.

Die mündliche Verhandlung vor Gericht ist vor allem beherrscht von dem Prinzip, die Streitsache möglichst in einer Verhandlung zu Ende zu führen. Zur Ermöglichung dessen dient das schriftliche Vorbereitungsverfahren.

Die Verhandlung umfaßt folgende Schritte:

Die die eigentliche mündliche Verhandlung vorbereitende Vorlesung desjenigen Aktenstückes, mit welchem der Rechtsstreit beim Gerichte anhängig gemacht worden ist (Leitschein). Doch wird diese Bestimmung in der Praxis von den wenigsten Gerichten befolgt. Im Anschluß daran sind Vorfragen anzubringen, soweit sie Bedenken gegen den Eintritt in die Verhandlung (z. B. wegen mangelnder Vorbereitung oder gegen die erschienenen Personen) äußern.

Art. 209 gibt den Parteien das Recht auf Begehren um Sistierung des Prozesses, und zwar in den Fällen verspäteter Einreichung der Prozeßeingaben und in ausserordentlichen Fällen, in denen die Durchführung der gerichtlichen Verhandlung nur mit Verletzung wesentlicher Interessen einer Partei möglich wäre. Eine feste Praxis des KG hinsichtlich des letztern Punktes besteht nicht; es wird jeweils unter Berücksichtigung der besondern Umstände des Falles entschieden. Unter der „Verletzung wesentlicher Interessen einer Partei" sind dabei nicht ausschließlich diejenigen der das Sistierungsbegehren stellenden Partei, sondern auch die Interessen derjenigen Partei, welche die Durchführung des Prozesses verlangt, zu berücksichtigen; denn jede Partei hat einen Anspruch darauf, dass ein einmal eingeschriebener Prozeß durchgeführt und rechtskräftig entschieden werde. Eine feste Praxis hat sich, wie gesagt, nicht gebildet, es liegt lediglich ein juristisch bedeutsamer Fall vor, in dem KassG (1916/14) entschied, dass eine Strafklage wegen angeblichen Meineides einer Partei die Sistierung des Prozesses zur Folge hat, wenn der geleistete Eid für den Ausgang des Prozesses bestimmend ist.

Hierauf folgt die eigentliche Verhandlung, die mit dem mündlichen Klagevortrag des Klägers beginnt. Er bezieht sich auf den Klageantrag, begründet ihn in formeller wie materieller Hinsicht, tatsächlich und rechtlich, und stellt seine Beweisanträge. Wie im schriftlichen Vorverfahren folgt hier die Klagebeantwortung von Seiten des Beklagten, der ebenfalls in tatsächlicher

und rechtlicher Beziehung den bekannten Antrag wiederholt und rechtfertigt, unter Anbietung der zu benützenden Beweismittel. Nach st. gallischem ZP (Art. 207) schliessen sich daran der dritte und vierte Vortrag der klägerischen bezw. beklagten Partei.

Die Gliederung der Verhandlung in je zwei Vorträge für den Kläger und den Beklagten — diese Zahl ist durch das Gesetz bestimmt und nicht erweiterungsfähig — ist u. E. ein Mangel im Gesetze. Es kann schließlich vorkommen, dass in der Duplik neue Behauptungen aufgestellt werden, über die sich der Kläger noch nicht aussprechen konnte und nach der Engherzigkeit dieser Norm auch nicht mehr aussprechen kann. Zweckdienlicher erscheint mir das zürcherische Gesetz, welches in Art. 138 Abs. 2 sagt: „Weitere Vorträge sind nur ausnahmsweise und aus zureichenden Gründen zu gestatten". Eine solche Bestimmung schließt die mißbräuchliche Verwendung einer solchen Norm aus, und kann auch nicht zu endlosen Verschleppungen führen, weil der Richter nach freiem Ermessen die Verhandlung jederzeit abbrechen kann.

Nach Anhören der Parteien schreitet das Gericht zur Beratung und fällt, sofern der Streitfall „spruchreif" erscheint, das Urteil; andernfalls erläßt es das Beweisdekret. Dieses darf also nur dann erlassen werden, wenn der Streitfall „nicht spruchreif" ist und auf die Erhebung weiterer, im bisherigen Verfahren nicht beigebrachter, sondern nur beantragter Beweise erkannt wird. In Fällen, in denen die Beweisanträge der Parteien abgelehnt werden, ist daher o h n e weiteres das Haupturteil zu fällen, in dessen Erwägungen aber anzugeben ist, warum von einer Beweisabnahme Umgang genommen werde. Wenn Art. 214 dem Richter bis zur Urteilsfällung die Befugnis erteilt, ein Beweisdekret, von dessen Unrichtigkeit er sich nachträglich überzeugt hat, abzuändern, so folgt daraus, dass damit, so weit das Dispositiv des Beweisbeschlusses in Frage kommt, nur eine Abänderung v o r dessen Vollzug gemeint sein kann. Ein bereits erstattetes Expertengutachten, eine bereits edierte Urkunde, ein bereits geleisteter Eid kann nicht durch eine nachträgliche Abänderung des Beweisbeschlusses als nicht existierend erklärt werden. Ebenso wenig kann ein Zeuge, der bereits einvernommen worden ist, nachträglich von der Einvernahme ausgeschlossen werden. Ein solches Verfahren wäre nicht nur eine prozessuale Unmöglichkeit, sondern

auch gar nicht notwendig; denn, wenn Umstände, die geeignet sind, die Unzulässigkeit eines Beweismittels darzutun oder sonstwie seine Beweiskraft zu erschüttern, erst nach Vollzug des Beweisbeschlusses zur Kenntnis des Richters gelangen, hat es dieser ja immer noch in der Hand, bei der Beweiswürdigung darauf Rücksicht zu nehmen. In den meisten Fällen aber erfolgt die Erledigung des Prozesses, wenn dieser spruchreif erscheint, also materiell entschieden werden kann, durch das Urteil. Immerhin läßt der Gesetzgeber auch eine formelle Beendigung ohne materiellen Entscheid der Streitsache zu. Dann hat der Richter den Streit nicht zu entscheiden, sondern nur als beendigt zu erklären. Die Hauptfälle sind:

I. Abstand von der Klage, Klageanerkennung oder Parteivergleich.

Vermöge seiner Dispositionsfreiheit bezw. dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime über den Prozeßgegenstand kann der Berechtigte auf sein Recht selbst verzichten oder Verständigungen treffen, der Beklagte den Anspruch des Gegners anerkennen. Der Verzicht auf die erhobene Klage ist von prozeßrechtlicher Bedeutung. Es handelt sich um die vor dem Forum abgegebene Erklärung des Klägers, den geltend gemachten Anspruch aufzugeben. Ausdrücklich damit verbunden, oder jedenfalls stillschweigend darin eingeschlossen, ist die weitere Erklärung des Verzichtes seines Anspruches auf Entscheidung seines Klagevorbringens. Immer liegt in dem gerichtlichen Verzicht auf das Klagerecht die Rücknahme der Klage.

Als Prozeßhandlung bedarf die Erklärung zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit der Prozeßfähigkeit des Klägers bezw. Legitimation seines gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertreters. Die Prozeßvollmacht des letztern genügt, falls nicht die Befugnis zur Abgabe dieser Erklärung ausdrücklich ausgenommen worden ist.

Die Erklärung kann in jedem Stadium des Prozesses abgegeben werden. Ist die Verständigung vor der Fällung des Urteils abgeschlossen, dieses dann aber doch gefällt worden, so ist es als dahingefallen zu betrachten.

Die Erklärung hat für den Kläger sofortige Wirksamkeit, sie bindet ihn; denn er beendigt damit den Rechtstreit, soweit dies an ihm liegt.

Von Bedeutung und in der Praxis häufig vorkommend ist der Prozeßvergleich, d. h. die Vereinbarung der Parteien während der Litispendenz mit Bekanntgabe an den Richter. Im Falle des Prozeßvergleiches haben die Parteien die Befugnis, vom Gericht einen Erledigungsbeschluß über die Erledigung des Prozesses infolge privater Vereinbarung zu verlangen. Das Gericht hat im Beschlusse den ihm unterbreiteten Inhalt des Vergleiches aufzunehmen, indem es sich lediglich um die Klarheit und Vollständigkeit desselben kümmert. Diesem Erledigungsbeschluß des Gerichtes, gestützt auf die Erklärungen der Parteien, kommt formelle und materielle Rechtskraft zu.

Auch den Erledigungsbeschlüssen auf Grund eines Abstandes von der Klage kommt materielle Rechtskraft zu, also dem Beschluß, nicht der Abstandserklärung.

Ähnliche Grundsätze gelten für die Anerkennung der Klage.

II. Untergang des Streitobjektes während der Dauer des Prozesses.

Durch das Gegenstandsloswerden der Klage erledigt das Gericht diese formell, definitiv. Immerhin ist Wiederaufnahme eines als gegenstandslos abgeschriebenen Prozesses auf Begehren einer Partei zulässig, wenn dem Gerichte die tatsächliche Unrichtigkeit seiner Annahme nachgewiesen werden kann, ohne dass dabei Revisionsgründe vorzuliegen brauchen; denn es handelt sich nicht um eine der Rechtskraft fähigen gerichtlichen Feststellung.

d) Schlußverhandlung und Erledigung des Rechtsstreites.

Die Schlußverhandlung beginnt mit der Abnahme der Beweise, soweit dieselbe nicht bereits stattgefunden hat. Über das Beweisverfahren ist andrerorts näher berichtet.

Sobald der Prozeß soweit gefördert ist, dass er erledigt werden kann, also sobald die Parteiverhandlungen geschlossen sind und allfällige Beweisaufnahmen stattgefunden haben, ist der Richter verpflichtet (Art. 220 Abs. 1), ohne Verzug das Urteil zu fällen. Das Urteil bedeutet die materielle Erledigung des Rechtsstreites. Es kann ein End- oder Zwischen-

urteil sein. Materielle Erledigung liegt dann vor, wenn über das streitige Rechtsbegehren entschieden wird. Die Erledigung ohne materiellen Entscheid erfolgt durch den Erledigungsbeschluß.

Die Fällung und Eröffnung des Urteils soll im Anschluß an die Haupt- evtl. Schlußverhandlung erfolgen. Nur aus wichtigen Gründen, z. B. wenn ohne vorausgegangene Kommissionaluntersuchung ein umfangreiches Aktenmaterial zu prüfen ist, kann die Urteilsfällung um höchstens einen Monat verschoben werden. Die B. R. sagt hierüber (S. 27) folgendes: „Kurze Verschiebungen der Urteilsfällung und -Zustellung sollen nur aus wichtigen Gründen statthaft sein. Diese Ausnahmebestimmung erscheint im Interesse einer gründlichen Rechtssprechung und sorgfältiger Urteilsredaktion gerechtfertigt. Dagegen ist es durchaus notwendig, dass das Gesetz gegen allfällige Mißbräuche, die sich unter dem Schutze dieser Bestimmungen leicht einschleichen können, entschiedene Stellung einnimmt." Die Gefahr mißbräuchlicher Anwendung dieses Rechts liegt nahe und die Pflichten der Aufsichtsbehörde sind keine leichten.

Der Begriff „Urteil" ist die Entscheidung, in der der Richter ausspricht, was bezüglich der darin behandelten Rechtsfragen rechtens sei und folglich für die Zukunft sein soll. Es ist gleichgültig, ob die damit entschiedene Streitfrage ein beanspruchtes Recht prozessualischen oder zivilrechtlichen Inhaltes trifft.

Ohne dass der Gesetzgeber es ausdrücklich betont, bedeutet Urteil eine Entscheidung, welche auf Grund einer für die Behandlung der darin entschiedenen Streitfrage nach dem Gesetz unentbehrlichen, somit obligatorischen Verhandlung erlassen ist.

Art. 221 stellt als Regel die Erledigung des Prozesses durch **Gesamturteil** auf: Im Endurteil ist über alle Prozeßmomente, wie Vorfragen, Einreden, Sach- und Prozeßeinreden, zu entscheiden. Ausgenommen sind diejenigen Vorfragen, welche die Ablehnung einer Gerichtsperson oder eines Sachverständigen, Sistierungsbegehren etc. zum Gegenstande haben. Diese sind gesondert in einem Vorentscheide zu behandeln.

Ausnahmsweise ist es gestattet, eine einzelne oder mehrere Vorfragen oder Einreden zum Gegenstande eines Vorentscheides zu machen, wenn dieselben für das Eintreten auf die andern entscheidend sind und auf diesem Wege bedeutender Aufwand

an Zeit und Kosten erspart werden kann. Das Gericht kann Vorfragen und Einreden herausgreifen, wenn die Voraussetzungen gegeben sind und sie zum Gegenstande eines Vorentscheides machen. Immerhin besteht kein Parteirecht, dass dies geschehe.

Wenn die Entscheidung der Vorfrage, sei sie positiv oder negativ, ohne weiteres die Gutheissung oder Ablehnung der Klage bedingt, so ist nicht etwa durch Vorentscheid, sondern durch Haupturteil zu entscheiden; denn es handelt sich nicht um einen Vorentscheid, der ein notwendig folgendes Endurteil vorbereitet.

2. Verfahren vor Gerichtskommission:

Die allgemeinen Grundsätze des gerichtlichen Verfahrens sind in ihren grossen Grundzügen im Vorstehenden ausführlich behandelt worden. Wir wollen uns deshalb damit begnügen, in diesem Abschnitte die Besonderheiten des Verfahrens vor Gerichtskommission darzustellen.

Die Anhängigmachung des Rechtsstreites kann schriftlich oder mündlich (indem dem Gerichtsschreiber das Tatsächliche und die Beweisanträge zu Protokoll gegeben werden) erfolgen. Allgemein läßt sich also schon daraus ersehen, dass das Verfahren vor Gerichtskommission nicht an die strengen Formen des Verfahrens vor Bezirksgericht gebunden ist, sondern ein formfreies Verfahren Platz greift. Nach Art. 224 ist der Präsident der Gerichtskommission berechtigt, und verpflichtet, die zur Abklärung und Vervollständigung des Tatbestandes nötigen Mitteilungen von den Parteien zu verlangen. Er trifft, wie im ordentlichen Verfahren, die notwendigen Verfügungen, um die Verhandlung in einer Gerichtssitzung zu Ende zu bringen. Abzulehnen ist dagegen die Auffassung, dass es Aufgabe der Gerichtskommission sei, von den Parteien auch nicht beantragte Beweise, sofern sie zur Ermittlung der materiellen Wahrheit erforderlich scheinen, von sich aus zu erheben, und dass aus der Nichterhebung ein Nichtigkeitsgrund gegen das Urteil abgeleitet werden könnte.

Die Zahl der Parteivorträge in der mündlichen Verhandlung ist nicht bestimmt; der Präsident schließt die Parteiverhandlung nach seinem Ermessen, wenn die Streitsache genügend abgeklärt scheint.

Gegen das Urteil der Gerichtskommission steht nur die Nichtigkeitsbeschwerde an die Rekurskommission des Kantonsgerichts offen. Sofern diese nicht innert 14 Tagen seit Eröffnung des Erkenntnisses geltend gemacht wird, erwächst das Urteil in Rechtskraft.

3. Verfahren vor dem Vermittler als Einzelrichter:

Die Verteilung der Gerichtsgewalt erster Instanz zwischen den Bezirksgerichten, Gerichtskommissionen und Vermittlern als Einzelrichter beruht lediglich auf dem Werte des Streitgegenstandes. Schon früh findet sich im Kanton St. Gallen die in sehr verschiedener Weise durchgeführte Einrichtung, geringfügige Streitsachen besondern Richtern zu überweisen. Diese erledigen das Verfahren in verkürzter Form ohne verhältnismässigen Aufwand an Zeit, Mühe und Kosten, rascher. Die Gesetzgebung bringt diesen Gedanken dadurch zum Ausdruck, dass solche geringfügige Streitsachen der Behandlung von Einzelrichtern, im Gegensatz der kollegialistisch – formierten und – arbeitenden Gerichten, zugeteilt werden. Das vereinfachte Verfahren sichert den Beteiligten durch die Zuweisung an einen möglichst nahen, leicht erreichbaren, mit den lokalen Verhältnissen bekannten Richter, eine, wenn auch vielleicht weniger gründliche, so doch rasche und weniger kostspielige Erledigung ihrer Rechtsstreitigkeiten. Mit Rücksicht darauf ist die Gerichtsgewalt und das Verfahren vor Vermittleramt folgendermassen festgelegt: Die Befugnis des Vermittlers, eine Streitsache durch Urteil zu erledigen, wird bedingt durch die Höhe des Streitwertes. Der Gesetzgeber hat diese Kompetenz auf diejenigen Prozesse beschränkt, deren Streitwert Fr. 25.— nicht übersteigt. In allen andern Fällen amtet er nur als Sühnebeamter, Friedensrichter.

Mit der Anrufung des Vermittlers in Entscheidungskompetenz tritt die Litiskontestation mit ihren Folgen ein. Im Großen und Ganzen gelten für das Verfahren vor Vermittler die Grundsätze über das ordentliche Prozeßverfahren mit folgenden hauptsächlichsten Änderungen und Zusätzen:

Der erhobene Klageanspruch soll qualitativ und quantitativ möglichst genau bezeichnet werden, damit Vermittler und Beklagter genaue Kenntnis erlangen; denn nur unter diesen Voraussetzungen ist eine erschöpfende Parteiverhandlung und eine möglichst zuverlässige Rechtssprechung möglich.

Der Vermittler ist auch in denjenigen Streitsachen, welche er als Einzelrichter zu entscheiden hat, zunächst ebenfalls Sühnebeamter; Sühneverfahren und Hauptverfahren, wenn möglich auch Beweisverfahren, finden in einer Verhandlung statt. Der Vorstand bezweckt einmal die Veranstaltung eines Sühneversuches und, wenn dieser resultatlos bleibt, die Durchführung der Hauptverhandlung. Der Richter hat den Parteien zu eröffnen, welche Tatsachen sie zu beweisen haben. Gleichzeitig soll er sie zur Bezeichnung der Beweismittel veranlassen. Nur wenn wichtige Gründe vorhanden sind — darüber entscheidet der Vermittler nach freiem Ermessen — kann einer Partei zur Anmeldung derselben eine Frist von höchstens 5 Tagen bewilligt werden.

Vertretung der Parteien ist nur in denjenigen Fällen zulässig, wo triftige Gründe, wie Krankheit, Militärdienst, Wohnsitz ausserhalb des Kantons, die Parteien am persönlichen Erscheinen verhindern.

Es ist nur ein mündliches Verfahren vorgesehen.

Mit Rücksicht auf die Geringwertigkeit der Streitsachen (bis Fr. 25.—), über welche der Vermittler entscheidet, hat der Gesetzgeber die Zeugen- und Parteieide vor dieser Instanz als unzulässig erklärt (Art. 235 Abs. 2).

Der Beginn und die Entscheidung des Streitfalles hat in 10 Tagen nach Klageeinleitung zu erfolgen (Art. 236). Der Gesetzgeber hat diese Befristung aus der Erfahrung heraus aufgestellt, dass der Einzelrichter sehr oft genötigt ist, die Urteilsfällung möglichst lange hinauszuschieben, weil er keine der — was besonders in kleinen Gebieten zutrifft — ihm wohlbekannten Parteien durch sein Urteil verletzen will. Durch diese Befristung hat der Gesetzgeber versucht, dieser Verschleppungstendenz gegenüber zu treten. Das vorschriftsgemäss geführte Vermittlungsprotokoll und das u. a. die Daten der Vorstandbegehren enthaltende Geschäftsregister bilden die nötigen Grundlagen für eine ausreichende Kontrolle der Aufsichtsbehörde (Bezirksgerichtspräsident).

Dem Urteil des Vermittlers wohnt gleiche Rechtskraft inne, wie demjenigen des Bezirksgerichtes und der Gerichtskommission. Es erwächst in Rechtskraft, wenn nicht innert einer Frist von 14 Tagen seit Eröffnung desselben die Nichtigkeitsbeschwerde, für die der Bezirksgerichtspräsident die zuständige Instanz ist, angemeldet wird.

Die Vielseitigkeit und Mannigfaltigkeit des Wirtschaftslebens, die Wirtschaftsgestaltung überhaupt, stellen an das Rechtsleben heute vor allem die Forderung, dass es sich den Bedürfnissen der Zeit, der Wirtschaft anpasse; die Rechtsausübung durch den Staat muß in seinen Ausmassen, in seinen Verhältnissen dem einzelnen konkreten Falle gerecht werden. Aus diesen Erwägungen ist, wie eingangs erwähnt, das Institut des Einzelrichters entstanden. Unglücklich ist die Bezeichnung „Vermittler" und zwar deshalb, weil der das Amt ausübende Richter nicht nur Vermittlungsfunktionen auszuüben, sondern auch Entscheidungskompetenz inne hat. Für die erstere Tätigkeit läßt sich allerdings mit Rücksicht auf das ordentliche Verfahren keine andere Umschreibung finden. In Wirklichkeit aber hat er hier Richterfunktionen. Es muß nur bedauert werden, dass jegliche Versuche, die Institution des Einzelrichters auszubauen, bis anhin gescheitert sind.

§ 12.

Das summarische Verfahren.

Der summarische Prozeß unterscheidet sich vom ordentlichen Prozeß hinsichtlich des Verfahrens und der Rechtswirkungen. Während das ordentliche Verfahren die endgültige Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten herbeiführen will, dient das summarische Verfahren der Anordnung und Vollstreckung bestimmter Maßnahmen, die in das Gebiet der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit fallen; es bezweckt des fernern die Anordnung vorsorglicher Maßnahmen zum Schutze gefährdeter privatrechtlicher Ansprüche, zur vorläufigen Abklärung der Sache, zur Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes. Dem Entscheid des Richters im summarischen Prozeß kommt daher nicht materielle Rechtskraft, sondern nur provisorische Bedeutung zu, da sein Entscheid für einen folgenden ordentlichen Prozeß nicht maßgebend ist.

Das summarische Verfahren schließt das ordentliche notgedrungenermassen aus [1]). Es ist ein abgekürztes und form-

[1]) Die gleiche Ansicht vertritt der Gesetzgeber des Kantons Bern, während der zürcherische es dem Belieben der Parteien anheimstellt, die Sache im summarischen oder im ordentlichen Verfahren anhängig zu machen und wo der Richter im summarischen Verfahren in gewissen Fällen den Entscheid wegen Illiquidität ablehnen und in das ordentliche Verfahren weisen kann.
(Leuch, Komm. ZPO S. 215; Sträuli, Komm. ZPO S. 196).

loses; dem Richter stehen für die Fällung des Entscheides nur beschränkte Mittel, nach Art. 273 Abs. 1 Urkunden, amtliche Bescheinigungen und Augenscheine, mit oder ohne Zuzug von Sachverständigen, zur Verfügung. Es ist eine aus dem Wesen des summarischen Verfahrens sich ergebende Konsequenz, dass nur diejenigen Beweismittel zulässig sind, welche den nachgesuchten Entscheid nicht verzögern, damit eine rasche Erledigung der gestellten Gesuche möglich wird.

Richter im summarischen Verfahren sind zum Teil die Gerichtspräsidenten, zum Teil die Bezirksammänner [2]). Der g. R. (Art. 44a) wollte in grundsätzlicher Durchführung der Gewaltentrennung sämtliche dem summarischen Verfahren unterstellten Rechtssachen den Bezirksgerichtspräsidenten zur Erledigung zuweisen; allein eine heftige Opposition seitens der Bezirksammänner veranlaßte den Gesetzgeber, diesen gewisse Kompetenzen zuzuerkennen.

1. Schutz des Besitzstandes und einstweilige Verfügungen:

Er kann durch Amtsbefehle oder exekutorische Maßnahmen des Bezirksammanns erhalten oder hergestellt werden (Art. 267). Bei gegebenen Voraussetzungen hat der Gesuchsteller ein Recht auf die Verfügung. Als solche Berechtigte bezeichnet Art. 268:

1) Wer sich im Besitz einer Sache oder eines Rechts befindet, die von einem Andern angegriffen oder bedroht werden.
2) Wer aus einem solchen Besitz durch Gewalt oder durch eigenmächtige, einseitige Handlungen eines andern verdrängt oder darin gestört worden ist.

Diese Verfügung, die keine definitive Entscheidung der Streitfrage bringt, kann vor oder während des Hauptprozesses angefordert werden. Das geht aus der Bestimmung des Art. 269 hervor, die sagt, dass dem Gesuchsteller, sofern ihm eine Klägerrolle zugemutet werden kann, zur Einleitung des Rechtsstreites eine Frist von 14 Tagen angesetzt werden müsse. Es gibt für diesen Fall nur eine zeitlich beschränkte vorläufige Verfügung. Meistens aber ist die Rechtshängigkeit der Klage

[2]) Bern kennt hiefür den Instruktionsrichter (Art. 327 Abs. 1), Zürich den Audienzrichter (Sträuli, Komm. ZPO S. 197).

Voraussetzung einer solchen Verfügung; denn diese soll das Streitobjekt gerade während der Pendenz des Rechtsstreites vor eigenmächtigen und andern Veränderungen möglichst schützen. Das Gesetz sagt nirgends, dass es Aufgabe des Richters sei, zu untersuchen, ob der Klageanspruch begründet sei. Per argumentum e contrario soll er sie aber mangels eines rechtlichen Interesses des Gesuchstellers versagen, wenn die Unbegründetheit offenbar ist. Die Verfügung zur Erhaltung eines gegenwärtigen Zustandes kann je nach den Umständen bestehen in einem Amtsbefehl zu einem Tun oder Unterlassen oder in Anordnung unparteiischer Verwahrung, Verwaltung und anderer exekutorischer Maßnahmen, unter Androhung von Ungehorsamsstrafen bei Nichtbeachtung von Fr. 20.— bis 600.— (Art. 270). Art. 268 Ziff. 2 gibt die einstweilige Verfügung zur raschen Verwirklichung des Besitzesschutzanspruches und zur Wiedererlangung eines widerrechtlich entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes auf Grund des Rechts.

Der Gesetzgeber hat auch die Möglichkeit hoher Dringlichkeit berücksichtigt und für diesen Fall den Gemeindeammann berechtigt, vorläufige und Besitzesschutzverfügungen zu erlassen (271); denn er ist als Ortsbehörde für die Parteien viel leichter zu erreichen, als der für den ganzen Bezirk amtierende Bezirksammann. Dem Gemeindeammann ist jedoch die Verpflichtung auferlegt, seine Verfügung zur Bestätigung, Aufhebung oder Abänderung sofort dem Bezirksammann zu unterbreiten.

Art. 272 Abs. 1 bestimmt, dass der Bezirksammann vor Erlaß eines Amtsbefehles die Mitteilung der Gegenpartei einholen und dieser eine zerstörliche Frist von mindestens 24 Stunden und höchstens 10 Tagen ansetzen soll. Aus den vorhin angeführten Dringlichkeitsfällen ergibt sich, wie dies Art. 272 Abs. 2 ausdrücklich betont, die Notwendigkeit, dieser Bestimmung nicht den Charakter eines zwingenden Rechtssatzes beizumessen.

Gegen die einstweilige Verfügung gibt das Gesetz das Rechtsmittel des Rekurses an das Justizdepartement unter Einräumung einer Frist von 14 Tagen, in dringlichen Fällen von 5 Tagen seit der Eröffnung desselben (Art. 275).

Für das Rekursgesuch sieht das Gesetz die Form der Schriftlichkeit vor. Die Instanz, an die dasselbe einzureichen ist, ist der Bezirksammann, der es mit seinem Berichte nach

eingeholten Bemerkungen der Gegenpartei an das Justizdepartement [3]) weiterleitet. Für den Fall des Rekursgesuches ist der Vollzug des angefochtenen Entscheides zu sistieren (Art. 276 Abs. 2).

2. Sicherstellung gefährdeter Beweise:

Während im ordentlichen Prozeß die Durchführung des Beweisverfahrens als besonderes Stadium des Hauptprozesses erfolgt, bezweckt diese die Abhörung von Zeugen, die Vornahme von Augenscheinen und die Anordnung von Expertisen vor Beginn des Rechtsstreites, wenn Gefahr vorhanden ist, dass bei längerer Verzögerung das Beweismittel verloren gehen oder dessen Gebrauch erschwert würde.

Wenn wesentliche Unterscheidungsmerkmale hier aufgeführt werden sollen, so ist in erster Linie zu erwähnen, dass die auf Sicherstellung gefährdeter Beweise bezüglichen Kompetenzen dem Gerichtspräsidenten übertragen wurden [4]). Dieser ist auch während der Litiskontestation sachlich zuständig [5]). Örtlich zuständig ist der Präsident desjenigen Gerichts, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist oder anhängig gemacht werden muß. Das geht ipso jure aus der Bestimmung des Art. 285 hervor, die vorschreibt, dass das Gesuch um vorsorgliche Beweiserhebung in einer Streitsache, die vor der zweiten Instanz anhängig ist, wenn keine Gefahr im Verzuge liegt, an den Gerichtspräsidenten der zweiten Instanz zu richten ist.

Während das Gesetz für das Gesuch um eine einstweilige Verfügung keinerlei Formvorschriften aufstellt (mit Ausnahme des Rekursgesuches gegen eine solche), schreibt es hier ausdrücklich Schriftlichkeit vor (Art. 282).

---

[3]) Das Entscheidungsrecht ist vom Regierungsrat dem Justizdepartement übertragen worden, wobei die Erwägung ausschlaggebend war, dass ausnahmslos die Anträge des Justizdepartements maßgebend waren und dass dadurch der Regierungsrat von einer überflüssigen Arbeitslast befreit werden solle (Art. 275, 276).

[4]) Das ist eine Neuerung, die das geltende Recht geschaffen hat, indem das Gesetz von 1850 diese Kompetenzen dem Bezirksammann zugeschrieben hatte. Das neue Recht ist in Durchführung des Grundsatzes der Gewaltentrennung zu dieser Lösung gekommen.

[5]) Nach zürcherischem Recht ist er nur bis zum Momente der Litiskontestation sachlich zuständig, während diese Zuständigkeit dann an den erkennenden Richter übergeht. (Sträuli, Kommentar ZPO S. 223).

Der Gesetzgeber hat es unterlassen, Bestimmungen über die Einvernahme von Zeugen, Vornahme von Augenscheinen und Einziehung von Experten-Gutachten aufzustellen. Daraus läßt sich der Wille erkennen, dass die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens per analogiam auch bei dem Verfahren auf Sicherstellung gefährdeter Beweise Anwendung finden.

Art. 286 Abs. 1 bestimmt, dass eine auf vorsorgliche Beweiserhebung erkennende Verfügung sofort in Rechtskraft erwächst. Es läßt sich aus dem Zweck der vorsorglichen Beweiserhebung folgern: Hätte der Gesetzgeber ein Rekursrecht eingeräumt, so wäre in vielen Fällen dieser Zweck wegen Untergang des Beweisobjektes vereitelt worden. Hiegegen mußte ein Rekursrecht gegen einen ablehnenden Entscheid gegeben werden. Da liegt es in der Hand des Rekurrenten, durch sofortige Einreichung des Rekurses einen raschen Entscheid herbeizuführen. Das hier eingeräumte Rechtsmittel ist die Beschwerdeführung an die Rekurskommission (Art. 286).

§ 13.

Die Rechtsmittel.

Die Theorie des Prozeßrechts verwendet den Begriff zunächst in dem weitern Sinne zur Bezeichnung aller Mittel, welche die Prozeßordnung den Beteiligten darbietet, um im Prozeßgange eingetretene Hindernisse seiner Rechtserlangung zu beseitigen. Das gemeine Recht unterscheidet vier solcher Rechtsmittel: Appellation, Revision, Nichtigkeitsbeschwerde, Restitution gegen das Urteil. Der st. gallische Zivilprozeß unterscheidet drei: Appellation, Revision und Beschwerde. Die beiden erstern sind gegen Urteile, die letztere gegen Beschlüsse gegeben.

A. Die Appellation.

Die Appellation bedeutet nicht eine blosse Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils, sondern gewährt darüber hinaus die Erneuerung des Rechtsstreites vor dem Berufungsgericht. Ihr Zweck besteht nicht in der Kritik des erstinstanzlichen Urteils, er liegt vielmehr in der Bildung eines neuen Erkenntnisses, wobei die gleichen Mittel in der Regel die Grundlage bilden. Die Ermittlungen, das Verfahren vor erster Instanz finden auch

vor der Appellationsinstanz ihre Fortsetzung; so kann z. B. eine eideserhärtete Tatsache nicht mehr angefochten werden.

Der Entscheid der Appellationsinstanz gründet sich aber nicht einseitig auf das erstinstanzliche Prozeßmaterial. Der st. gallische ZP anerkennt die Möglichkeit der unbeschränkten Vorbringung von Noven (Art. 306). Dadurch kommt dem Appellationsurteil die Bedeutung eines vollständig neuen Urteils bei, dem wohl der erstinstanzliche Prozeßstoff die Grundlage bietet, dem aber ein vollständigerer Tatbestand vorliegen kann.

Der Gesetzgeber hat dieses Rechtsmittel nur für Streitfälie von besonderer Wichtigkeit vorgesehen; so ist die Berufung für diejenigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten eingeräumt, deren Streitwert den Betrag von Fr. 500.— erreicht; nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten sind nur dann appellabel, wenn sie erstinstanzlich in die Kompetenz des Bezirksgerichtes fallen.

Im Sinne der Einleitungsbemerkung ist die Appellation devolutives und suspensives Rechtsmittel. Sie ist zulässig gegen das Urteil in der Hauptsache, ferner gegen Vorentscheide über örtliche und sachliche Zuständigkeit, über Vorfragen betr. die Zulässigkeit des Rechtsmittels des neuen Rechts, der Reinigung und Erläuterung und gegen Beweiserkenntnisse mit Eidesüberbindungen.

Rigoleth [1]) definiert die Appellation zusammenfassend wie folgt: „Die Appellation ist ein ordentliches Rechtsmittel mit Devolutiveffekt, gerichtet auf Überprüfung der Tat- und Rechtsfrage." Sie ist also nicht bloss eine revisio in jure, sondern auch eine revisio in facto. Die Voraussetzung ist, wie allgemein für die Rechtsmittel, ein gerichtliches Erkenntnis, durch welches eine Klage materiell entschieden wird.

Die Normen, die in dem Abschnitte über die Ermittlung des Streitwertes (§ 5) ausgeführt wurden, finden auch bei der Eruierung der Appellationssumme entsprechende Anwendung.

Zeugen, welche gegen die vor erster Instanz von einer Partei beschworene Tatsache aufgeführt werden, können vor zweiter Instanz im Zivilprozeßverfahren nicht einvernommen werden. Nach dem Urteil des KG (1909/3) schließt nämlich die Nichtappellation gegen eine Eidesüberbindung einen Ver-

[1]) noch nicht gedruckte Berner-Dissertation S. 29.

zicht in sich, im Wege des Zivilprozesses die Unwahrheit der zu beschwörenden Tatsachen darzutun. Aus dieser Erwägung muß geschlossen werden, dass der zweitinstanzliche Richter von der Einvernahme von Zeugen, welche das Gegenteil der beschworenen Behauptung deponieren sollen, abzusehen hat. Der Gesetzgeber hat in Art. 302 Ziff. 3 den Parteien absichtlich das Recht der Appellation gegen Beweiserkenntnisse gegeben, durch welche eine Partei ein Erfüllungs- oder Entlastungseid überbunden wird. Macht nun eine Partei von diesem Rechte keinen Gebrauch, so hat sie es darauf ankommen zu lassen, dass der Eid geleistet wird, und dass die beschworene Behauptung als wahr zu gelten hat und einen vollen Beweis für die beschworene Tatsache bildet, solange nicht auf dem Wege des Strafprozesses deren Unwahrheit erwiesen wird.

Die Wirkungen der Appellation.

Wie vorstehend allgemein ausgeführt wird, wohnt der Appellation Suspensiv- und Devolutiveffekt inne, d. h. die Ergreifung dieses Rechtsmittels verhindert den Eintritt der formellen Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Erkenntnisses, wobei der Rechtsstreit von der untern an die obere Instanz verwiesen wird [2]). Der Gesetzgeber hat dies allerdings nicht speziell zum Ausdruck gebracht; es geht aber aus dem Wesen der Appellation hervor. Art. 309 des Gesetzes sagt, wenn eine eingeschriebene Appellation zurückgezogen wird, so erwächst damit das Erkenntnis des Bezirksgerichtes in Rechtskraft. Die Suspension, die ipso jure entsteht, ist in ihrem Effekt zeitlich an das Appellationserkenntnis gebunden, d. h. sie dauert so lange, als das Appellationsverfahren pendent ist.

Der Devolutivdefekt ist die Wirkung der eingereichten Appellation; sein Zweck ist die materiell richtige Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils. Die Appellationserklärung ist der Kantonsgerichtskanzlei einzureichen; von dem Zeitpunkte dieser Abgabe ist der Rechtsstreit vom Bezirksgericht an das KG devolviert. Die Dauer des Devolutiveffekts ist der des Suspen-

---

[2]) Wie Rigoleth (S. 38) richtig bemerkt, bewirkt die Appellation nicht die Suspension der Rechtskraft, „sondern nur das Andauern derselben über die Interpositionsfrist hinaus." Danach ist nur das Appellationsurteil der Rechtskraft fähig.

siveffekts entsprechend. Bei Anerkennung der Zulässigkeit des Rechtsmittels durch das KG dauert er bis zur neuen Entscheidung.

Nach Art. 303 Abs. 1 muß die Appellation innert 14 Tagen seit Zustellung des erstinstanzlichen Erkenntnisses, unter Vorlegung desselben und der Prozeßakten, sowie unter Erlegung der vorgeschriebenen Gebühren schriftlich bei der Kanzlei des KG erklärt werden [3]). Das Gesetz sagt von keinem dieser Erfordernisse ausdrücklich, ob ihm der Charakter des Essentiale oder der blossen Ordnungsvorschrift innewohnt. Die Praxis des Kantonsgerichtes hat sich so herausgebildet, dass Schriftlichkeit der Berufungserklärung, Beilage des vorinstanzlichen Urteils und der Akten und Entrichtung der Berufungsgebühr essentiale Erfordernisse sind. Bezüglich der Vorlage des angefochtenen Entscheides ist zu sagen, dass diese eine Voraussetzung dafür ist, dass die angerufene Oberinstanz sich überhaupt ordnungsgemäss mit der Sache befassen kann; der angefochtene Entscheid ist zu prüfen, um zu erfahren, ob es sich in concreto um eine appellable Streitsache handelt. Die auf dem angefochtenen Entscheid angegebenen Daten müssen darüber Aufschluß geben, ob die Appellation rechtzeitig erklärt worden ist.

Im Allgemeinen bilden erstinstanzliches Urteil und Verfahren den Angriffspunkt der Parteien; der Prozeßstoff wird als Ganzes an das Kantonsgericht devolviert. Bezieht sich, nach Art. 303 Abs. 2 das Urteil auf mehrere Streitpunkte, so ist in der Appellationserklärung anzugeben, bezüglich welcher Punkte dasselbe angefochten wird. Die Devolution umfaßt für den Fall, dass die Appellation nur auf einen Streitpunkt Bezug hat, den Prozeßstoff dieses Streitpunktes und hindert demgemäss auch die Vollstreckung des Urteils nur in Bezug auf diesen.

Gegenstand der Appellationsverhandlung.

Nach Art. 306 erfolgt die Verhandlung vor zweiter Instanz auf der Grundlage der erstinstanzlichen Akten. Die Folgerung, die sich daraus ziehen läßt, ist die, dass der erstinstanzliche Prozeß-

---

[3]) Scherrer-Füllemann sagt im Kommentar zu Art. 303, dass die Appellation auch telegraphisch erklärt werden könne. Das dürfte m. E. richtig sein, insofern die andern Erfordernisse erfüllt sind und das Telegramm die Parteien, das Berufungsbegehren und das Urteil, gegen welches sich dieses richtet, unzweideutig zum Ausdruck bringt.

stoff devolviert wird und dass die zweitinstanzliche Verhandlung eine revisio in jure ist, d. h. die Aufgabe des Richters ist eine prozeßanwendende; er hat an Hand der vorliegenden Tatsachen zu prüfen, ob der Richter der ersten Instanz die Gesetze richtig angewandt hat. Daneben ist die zweitinstanzliche Überprüfung aber auch eine revisio in facto, insoweit, als die Aufgabe des Richters sich auch über die tatsächliche Feststellung der Sachlage erstreckt. Das geht aus der Bestimmung hervor, die den Parteien das Recht einräumt, Augenscheine und Kommissionen auch vor dieser Instanz wieder verlangen zu können und aus der Pflicht des zweitinstanzlichen Richters dies anzuordnen, Expertengutachten einzuholen, auch wenn dies vor erster Instanz nicht stattgefunden hat. Deshalb ist die Appellation nicht bloss eine Überprüfung des erstinstanzlichen Urteiles, sondern Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens zur Findung eines selbständigen Urteiles auf Grund einer Basis, die die Findung der materiellen Wahrheit nach Möglichkeit gewähren soll.

Durch die Möglichkeit der Stellung neuer Rechtsfragen, neuer tatsächlicher Behauptungen, Bestreitungen, Erhebung von Einreden, Reproduktion von Beweismitteln hat der Gesetzgeber eine sehr wichtige Neuerung geschaffen. Art. 306 Ziff. 5 schreibt hiefür vor, dass der Appellant dies mit der Appellationserklärung in Form einer neuen Prozeßeingabe zu veranlassen hat. Die Bestimmung soll den Parteien, wie dies die B. R. ausdrückt, die Möglichkeit geben, allfällige im erstinstanzlichen Verfahren ihnen nachteilig gewesene Unterlassungen vor zweiter Instanz zu machen und dem materiellen Recht zum Siege zu verhelfen.

Das Recht zur Stellung neuer Rechtsfragen vor zweiter Instanz ist aber kein unbeschränktes, sondern darf nur im Rahmen des im Leitschein enthaltenen Rechtsbegehrens ausgeübt werden [4]). Die Norm, nach welcher vor zweiter Instanz neue Rechtsfragen gestellt werden können, könnte allerdings der Meinung rufen, es sei im Appellationsverfahren in unbeschränkter Weise gestattet, neue Rechtsfragen zu stellen. Eine solche Auffassung stünde aber im Widerspruch zu dem für das st. gallische Prozeßrecht geltenden Grundsatz, dass der Streitgegenstand nach seinem Inhalte und nach seiner Höhe im

[4]) KG 1909/6.

Sühneverfahren, d. h. im Leitschein festgelegt wird und dass nach der mit der Abhaltung des Vermittlungsvorstandes zusammenfallenden Litiskontestation eine Erhöhung der Streitsumme oder eine Erweiterung des Rechtsbegehrens nicht mehr zulässig ist. Daraus folgt, dass die Bestimmung von Art. 306 Ziff. 5 nur in dem Sinne aufgefaßt werden darf, dass den Parteien das Recht zusteht, vor zweiter Instanz im Rahmen des vor dem Vermittleramt gestellten Rechtsbegehrens neue Rechtsfragen zu stellen. Die neu vorgebrachten Tatsachen müssen zweitinstanzlich gehört werden, wenn sie erheblich sind; die säumig gewesene, nunmehr begehrende Partei hat die Kosten dieses zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen, sofern sie nicht nachzuweisen vermag, dass sie durch ordnungswidriges Verhalten des Gegners dazu veranlaßt worden sei oder dass sie die neuen Beweismittel nicht habe kennen und reproduzieren können. Das Vorbringen der Nova ist allerdings nur dann zu berücksichtigen, wenn sie von wesentlichem Einfluß auf den Hauptentscheid sein können [5]).

Zwischen dem ersten und dem zweiten Absatz von Art. 306 Ziff. 5 besteht ein gewisser Gegensatz; während Absatz 1 über das Recht des Appellaten, vor zweiter Instanz neue Beweismittel zu produzieren, bestimmt, es müsse innert der Frist von 10 Tagen seit der Mitteilung der Appellation davon Gebrauch gemacht werden, bestimmt Abs. 2, dass neben Art. 190 und 191 auch Art. 196 Abs. 2 im Appellationsverfahren „entsprechende" Anwendung finde. Erscheint einerseits nach Art. 306 Ziff. 5 Abs. 1 die Einreichung nachträglicher Prozeßeingaben im Appellationsverfahren als ausgeschlossen, so könnte andererseits die Verweisung auf Art. 196 Abs. 2 doch den Anschein erwecken, als seien solche Eingaben grundsätzlich zulässig. Das KG ist wiederholt in die Lage gekommen, zu diesem Widerspruch Stellung zu nehmen (vor allem 1913/3). Dieses

[5]) Häusler (S. 175 ff) sieht in der Möglichkeit des Vorbringens von Nova eine Degradierung des untern Gerichts, weil die Parteien dieses nicht mehr so ernsthaft nehmen, sondern das Schwergewicht auf die zweite Instanz verlegen. Die Appellation soll lediglich „eine Überprüfung des erstinstanzlich Verhandelten nach seiner Richtigkeit oder Unrichtigkeit, nicht einen neuen Prozeß mit verändertem Aktenmaterial hervorrufen." Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, dass es erste und letzte Aufgabe der Gerichte ist, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen und dass dieses nicht durch ein einmaliges Versehen oder Nachlässigkeit verloren gehen soll.

geht davon aus, dass Art. 306 eine Notfrist für die Produktion neuer Beweismittel ansetzt, die die Zulässigkeit nachträglicher Prozeßeingaben ausschliesst. Mit dem Hinweis auf Art. 196 Abs. 2 hat der Gesetzgeber sagen wollen, eine Partei sei berechtigt, Vertagung zu verlangen, wenn ihr weniger als 7 Tage vor der Verhandlung nicht eine Prozeßeingabe der Gegenpartei zugestellt werde. Die Zulässigkeit nachträglicher Prozeßeingaben im Appellationsverfahren könnte nur im Wege extensiver Auslegung von Art. 306 Ziff. 5 Abs. 2 bejaht werden, welche aber der übrige Inhalt der Bestimmung dieses Artikels verbietet [6]). Art. 306 Ziff. 5 Abs. 3 auferlegt einem Appellanten die Pflicht, Einwendungen gegen appellantische Beweismittel in sachgemässer Anwendung von Art. 192 durch eine Gegeneingabe (Appellationsantwort) geltend zu machen.

Das Verfahren in der Appellationsinstanz.

1. Die Form des Verfahrens:

Der st. gallische Prozeß hat das Mittel zwischen einem rein schriftlichen oder mündlichen Verfahren eingenommen durch die Schaffung eines kombinierten Systems. Das Verfahren sieht als Regel die Mündlichkeit vor. Es besteht kein Obligatorium für die Schriftlichkeit, mit Ausnahme für die Appellationserklärung, welche schriftlich erfolgen muß; ebenso müssen natürlich

---

[6]) Die Heranziehung der Materialien zum g. R. läßt berechtigte Zweifel darüber aufkommen, ob die Verweisung auf Art. 196 Abs. 2 überhaupt beabsichtigt war, oder ob sie nicht vielmehr auf einem Versehen beruht. Die Prüfung der Gesetzesmaterialien ergibt nämlich folgendes: Im Entwurf der großrätlichen Kommission für das Zivilprozeßgesetz vom 11. Nov. 1895 enthält Art. 235 — der entsprechend dem jetzigen Art. 306 die Verhandlung vor zweiter Instanz regelt — noch keine Verweisung auf vorgehende Gesetzesartikel. Eine solche findet zuerst in den Abänderungsanträgen von Dr. Arthur Hoffmann vom 10. Juli 1896 zu einem Entwurf vom Mai 1896 statt. In diesem Antrag lautet Art. 235 Ziff. 3b Abs. 2: Art. 122 bis 123 und al. 2 finden entsprechende Anwendung." Bei dieser Verweisung ist zweifellos ein Irrtum unterlaufen, denn im gleichen Entwurf wird für Art. 122 Streichung beantragt. In Wirklichkeit wollte also offenbar ein anderer Artikel zitiert werden. Dieser Irrtum verbunden mit dem sonderbaren Umstand, dass nur auf Abs. 2 und nicht auch auf Abs. 1 von Art. 123 bis (entsprechend dem heutigen Art 196) verwiesen wird, läßt die Vermutung zu, dass es sich auch bei der letztgenannten Verweisung um eine versehentliche Nummerierung handelt, die in den folgenden Entwürfen unbeachtet blieb.

neue relevante Tatsachen in der Eingabe der Partei (Appellationserklärung des Appellanten, Apellationsantwort des Appellaten) behauptet und neue Beweise in dieser angemeldet werden.

2. Der Gang des Verfahrens.

Unverzüglich nach Einreichung der Appellationserklärung hat die Kantonsgerichtskanzlei den Prozeßgegner von der erfolgten Berufung zu verständigen. Ist die Appellationserklärung in Form einer neuen Prozeßeingabe erfolgt, so steht dem Appellaten ebenfalls das Recht zu, innert 10 Tagen eine neue Prozeßschrift einzureichen. Erklärt er darin die Anschlußappellation, so ist es dem Appellanten erlaubt, innert 10 Tagen nach Zustellung seine Antwort zur Anschlußappellation in Form einer weitern Eingabe einzureichen.

3. Die Anschlußappellation.

Das Gesetz gebraucht den Ausdruck „Anschlußappellation" nicht. Doch ergibt sie sich aus Art. 308. Sie hat accessorischen Charakter; ihr Entstehen ist durch das Vorhandensein einer Hauptappellation bedingt und mit dem Hinfall der letztern verliert auch die Anschlußappellation ihre Wirkung. Das Gesetz räumt dem Appellanten das Recht ein, selbständige Anträge zu stellen, „wie wenn durch ihn die Berufung ebenfalls ergriffen worden wäre". Gewisse Schwierigkeiten aber bietet die Frage, in welchem Umfange solche selbständigen Anträge gestellt werden dürfen, da das Gesetz von den in der Appellationserklärung namhaft gemachten Streitpunkten spricht. Die Anschlußappellation muß sich auf Grund dessen zweifelsohne auf die Teile des erstinstanzlichen Urteils beschränken, gegen die sich die Hauptberufung richtet. Ist z. B. eine Forderung von Fr. 2000.— eingeklagt und von der ersten Instanz mit Fr. 1500.— geschützt worden, und ist gegen das Urteil die Berufung eingelegt worden, so hat der Appellant die Möglichkeit, die Anschlußberufung bezüglich der nichtgeschützten Fr. 500.— zu erklären; denn es handelt sich um den gleichen „Streitpunkt", für dessen quantitives Ausmaß keine Grenzen gesetzt sind mit der Ausnahme, dass es sich im Rahmen des im Leitschein niedergelegten Rechtsbegehrens bewegen muß. Anders liegt der Fall, wenn sich die Hauptappellation z. B. nur gegen die erstinstanzliche Kinderzuteilung richtet und die Anschlußappellation gegen die ausgesprochene

Scheidung erklärt würde. Hier könnte wohl nicht vom gleichen „Streitpunkt" gesprochen und deshalb eine Anschlußappellation wohl nicht möglich sein.

Welches ist die Frist zur Einreichung der Anschlußappellation? Rigoleth erklärt, dass sie noch an der mündlichen Verhandlung erklärt werden könne, mit Ausnahme desjenigen Anschlusses, welcher Noven geltend machen will und für den die Frist von 10 Tagen seit Zustellung der appellantischen neuen Prozeßeingabe beträgt. Diese Auffassung ist m. E. unrichtig. Die allgemeinen Bestimmungen des Art. 189 ff gehen dahin, dass die Rechtsbegehren in den Prozeßeingaben niedergelegt werden müssen. Das gilt für alle Verfahren des st. gallischen Zivilprozesses, und für das Appellationsverfahren findet sich noch eine Spezialbestimmung (Art. 303 Abs. 1), dass die Appellation schriftlich erklärt werden müsse und (Art. 303 Abs. 2), dass anzugeben sei, bezüglich welcher Punkte das erstinstanzliche Urteil angefochten sei. Dieselbe Form gilt nun auch für das Begehren der Anschlußappellation. Nun ist bereits festgehalten worden, dass der Appellat eine Gegeneingabe 10 Tage nach Zustellung der Appellationsschrift einzureichen hat (dies ist eine Notfrist), woraus sich der Schluß ergibt, dass die Anschlußappellation in der Appellationsantwort zu erklären, welche innert der genannten Frist von 10 Tagen einzureichen ist.

B. Die Nichtigkeitsbeschwerde.

Der st. gallische ZP kennt keine gerichtlichen Erkenntnisse, die ipse jure nichtig sind [7]). Das Urteil ist lediglich anfechtbar. Die Nichtigkeitsbeschwerde geht deshalb auf Nichtigkeitserklärung.

Sie ist gegen Erkenntnisse in solchen Streitsachen gegeben, die der Appellation wegen ihres Streitwertes nicht unterliegen (Art. 310 lit. a). Den Parteien soll durch das Gesetz immerhin eine Gelegenheit gegeben werden, das Urteil anzufechten, weil grobe Fehler im Verfahren oder in der Urteilsfällung unterlaufen sind. Wie die Appellation, hat auch die Beschwerde Devolutiveffekt. Sie ist aber insoweit beschränkt, als sie nur

[7]) Rigoleth S. 68 präzisiert dies dahin, dass es im st. gallischen ZP keine absolute Nichtigkeit gebe, „d. h. kein Urteil eines Gerichtes ist so unrichtig, dass es einfach ignoriert werden könnte".

gegen Gesetzesverletzungen [8]) gewährt ist. Der Richter hat deshalb nicht den Tatbestand zu untersuchen, sondern lediglich die Rechtsfrage; sie ist also eine revisio in jure.

Voraussetzungen.

1. Voraussetzung der Zulässigkeit.

Art. 310 spricht ausdrücklich von einer Kassation von Urteilen. Demnach ist eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen Vorentscheide nicht gegeben; diese können nur in Verbindung mit der Hauptsache an die Kassationsinstanz gelangen. Als „Urteil" kann nun nach Art. 113 nur ein Erkenntnis angesehen werden, durch welches eine Klage durch Richterspruch entweder materiell entschieden, oder zur Zeit abgewiesen wird, d. h. nur ein Erkenntnis, welches ein Endurteil ist, das die Klage selbst, den Streitgegenstand, erledigt. Mit andern Worten: Ein Erkenntnis, welches förmliches Recht inter partes schafft und dieses Recht an Stelle des im Rechtsbegehren enthaltenen Anspruches setzt, mit der Wirkung, dass, auf die Sache wieder sich einzulassen, keine Pflicht mehr besteht, oder aber anderseits ein Erkenntnis, welches das gestellte Begehren zur Zeit abweist. Dass diese Unterscheidung zwischen „Urteil" und „Vorentscheid" gemacht werden muß, ergibt sich aus der in Art. 112 erfolgten Einteilung der Erkenntnisse in diese beiden Gruppen und in die „Beschlüsse" und aus der in Art. 113—15 gegebenen Definition dieser 3 Arten von Erkenntnissen.

Die Ausdrucksweise des Art. 310 ist eine präzise; denn neben dieser erwähnten grundsätzlichen Unterscheidung existiert die auffallende Tatsache, dass in Art. 302 bei der Frage, gegen welche Erkenntnisse die Appellation ergriffen werden kann, ausdrücklich auseinandergehalten ist zwischen erstinstanzlichen Urteilen (Erkenntnissen über die Hauptsache) und Vorentscheidung über Vorfragen nach Art. 197 Abs. 2 und gegen beide die Appellation zulässig erklärt ist. Hätte der Gesetzgeber auch gegen letztere die Nichtigkeitsbeschwerde zulassen wollen, so wäre, in Anlehnung an Art. 302 diese Unterscheidung, die Aufzählung der Urteile und Vorentscheide auch in Art. 310 gemacht worden.

---

[8]) Es ist gleichgültig, ob es sich um eidgenöss. oder kant. Gesetze handelt.

Während im Kanton St. Gallen nur eine Appellationsinstanz existiert, gibt es für die Behandlung von Kassationsbeschwerden mehrere. Ihre Zuständigkeit ist wie folgt geregelt:
gegen Urteile der Vermittler, die Bezirksgerichtspräsidenten (Art. 26),
gegen Urteile der Gerichtskommissionen, die Rekurskommission des KG (Art. 29),
gegen Urteile der Bezirksgerichte, die RKG (Art. 29),
gegen Urteile des KG, das Kassationsgericht (Art. 33),
gegen Urteile von Schiedsgerichten, das Kassationsgericht (Art. 33).

Die Frist, die für die Anhängigmachung der Nichtigkeitsbeschwerde gegeben ist, beträgt 14 Tage. Der Beginn der Rechtsmittelfrist wird in erster Linie durch das Gesetz geregelt. Es stellt auf den Zeitpunkt der Eröffnung des motivierten Urteiles ab. Nun hätte eine Partei es in ihrer Macht, dadurch, dass sie die Erklärung, ob ihr eine Urteilsausfertigung zugestellt werden soll, verzögert, die Rechtsmittelfrist für sich entsprechend zu verlängern. Aus diesem Grunde hat das KG [9]) angeordnet, dass für die Partei, welche bis zum Erlaß der Anzeige von der Auflage des motivierten Urteiles keine bezügliche Erklärung abgibt, die Rechtsmittelfrist mit der Anzeige der Auflage des Urteils auf der Kanzlei beginne.

Art. 311 nennt als Adressaten der Nichtigkeitsbeschwerde die „Kassationsinstanz", sagt somit nicht, ob der Präsident oder die Kanzlei berechtigt ist, oder allein berechtigt sein soll. Es steht dies in einem Gegensatz zu Art. 302, wo für die Appellation ausdrücklich die Kanzlei des KG als Empfangsstelle bestimmt ist. Die allgemeinere Fassung des Art. 311 wird daher so zu deuten sein, dass sowohl das Präsidium als auch die Kanzlei als Vertreter der Kassationsinstanz anzusehen sind. Art. 137, der für die Einschreibung die Kanzlei des zuständigen Gerichtes als zuständig erklärt, bezieht sich nach dem ersten Absatz des Artikels nur auf die Anhängigmachung des Rechtsstreites, also auf die zur erstmaligen Beurteilung zuständige Gerichtsinstanz, regelt jedoch nicht das Verfahren im weitern Prozeßwege.

In der st. gallischen Zivilprozeßrechtspraxis ist die Einreichung des angefochtenen Urteiles innert der Appellations- oder Kassa-

[9]) Amtsbericht 1909, S. 10.

tionsfrist stets als Essentiale behandelt worden [10]). Nach ständiger Praxis wurde ein komplettes Urteil der Vorinstanz verlangt, das die gesamten Verhandlungen der ersten Instanz, speziell die Rechtsbegehren der Parteien, den Tatbestand, die Vorbringen der Parteien, Beweisdekrete, die rechtlichen Erwägungen und das Dispositiv enthält.

Die Mündlichkeit ist in der Verhandlung ganz ausgeschaltet, die Schriftlichkeit ist unbedingt.

2. Voraussetzungen des Sachurteiles:

Durch die Bestimmung des Art. 315 kann der Kassationsrichter auch zum Sachrichter werden. Immerhin hat der Gesetzgeber dem Richter diese Kompetenz nur mit gewissen Einschränkungen gewährt; er soll von ihr nur dann Gebrauch machen, wenn die gesetzliche Voraussetzung (Spruchreife des Falles) betreffend die tatsächlichen Erhebungen zweifellos zutrifft. Die Bedingung, an die sich ein kassationsgerichtliches Urteil knüpft, ist demnach die Verletzung oder Umgehung eines eidgenössischen oder kantonalen Gesetzes. Die Gesetzesverletzung muß durch ein Urteil hervorgerufen sein und auf die Beurteilung der Streitsache von wesentlichem Einfluß gewesen sein.

Die Wirkungen der Nichtigkeitsbeschwerde.

Die Anhängigmachung der Nichtigkeitsbeschwerde bewirkt vorerst eine Untersuchung seitens des Gerichtes hinsichtlich seiner Zuständigkeit; im Falle der Negation derselben hört der Devolutiveffekt auf, ohne dass auf die Nichtigkeitsbeschwerde materiell eingegangen würde. Damit erwächst das erstinstanzliche Urteil ohne weiteres in Rechtskraft. Im Falle der Bejahung der Zuständigkeit entscheidet das Gericht über die Nichtigkeit. Wird ein Urteil kassiert, so geht der Rechtsstreit nach Art. 315 zur neuen und abschließlichen Beurteilung an die Vorinstanz zurück, wobei der Rechtsspruch der Kassationsinstanz für diese verbindlich ist. Sie darf also in ihrem Urteil nur insoweit Korrekturen vornehmen, als sie sich auf von der Kassationsinstanz gerügte Fehler beziehen. Der Sachrichter muß den Rechtsspruch der Kassationsinstanz anerkennen. Die Veränderungen sind also an die spezifizierten Parteianträge gebunden.

[10]) Vergl. K. G. 1904/22, 1908/9, 1917/3.

Inhalt der Nichtigkeitsverhandlung.

Art. 314 bestimmt, dass die Nichtigkeit nur auszusprechen wäre, wenn es sich um kausale, materielle und formelle Verletzung oder Umgehung eines Gesetzes handelt; also z. B. „wenn der Sachrichter aktenwidrig oder willkürlich in förmlicher Rechtsverweigerung rechtlich relevante, bewiesene Tatsachen als nicht bewiesen, oder umgekehrt, in keiner Weise bewiesene oder glaubhaft gemachte Tatsachen als bewiesen erklären sollte oder wenn er eine rechtlich relevante Tatsache, für welche in richtiger Weise Beweise angetragen sind, gar nicht zum Beweise zuläßt und daraufhin zu einem falschen Rechtsschluß kommt." Es genügt aber nicht (nach der Praxis des KassG 1916/35), nur ein Rechtsbegehren auf Kassation zu stellen; sondern es müssen die Gesetzesverletzungen namhaft gemacht werden. Demnach unterliegt nur die Rechtsfrage der Beurteilung der Kassationsinstanz. Die Nichtigkeit ist also lediglich eine revisio in jure, im Gegensatz zu der Appellation, die auch eine Untersuchung auf die Tatfrage umfaßt.

Wenn Art. 314 Nichtigkeitserklärung eines Urteiles verlangt, sofern eine Verletzung oder Umgehung eines Gesetzes stattgefunden hat, so ist selbstverständlich Voraussetzung, dass die Kassationsinstanz den Inhalt des als verletzt bezeichneten Gesetzes selbständig zu ermitteln hat und dass sie berufen ist, nicht vor der Auslegung des Sachrichters halt zu machen, sondern letztere auf die Richtigkeit zu überprüfen. Erst nach Ermittlung des richtigen Gesetzesinhaltes kann beurteilt werden, ob das angefochtene Urteil eine Gesetzesverletzung enthalte oder nicht. Die nicht richtige Auslegung des Gesetzes, die nicht richtige Anwendung des Gesetzesinhaltes, des Gesetzeswillens, ist als Gesetzesverletzung auch dann anzusehen, wenn sie in guten Treuen erfolgte und nicht direkt als willkürlich bezeichnet werden kann.

Es würde dem Wesen der Nichtigkeitsbeschwerde widersprechen, wenn den Parteien Ergänzungen und Veränderungen des Tatbestandes ermöglicht sein sollten; denn dadurch würde sie gerade zu einer Untersuchung des Tatbestandes führen. Deshalb folgt aus dem Gesetze, dass Nova bei der Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig sind. Davon ist das den Parteien eingeräumte Recht zu unterscheiden, durch tatsächliche Vorbringen den Inhalt des verletzten oder umgangenen Rechts

darzulegen. In diesem Sinne kann der Richter nicht von Nova sprechen, da auch seine Aufgabe nach bester Gesetzesinterpretation tendiert.

Das Nichtigkeitsverfahren.

Die Anhängigmachung der Nichtigkeitsbeschwerde erfolgt durch Eingabe der Nichtigkeitsklage bei der Kassationsinstanz, worauf der Prozeßgegner innert der Frist von 14 Tagen seine Klageantwort einzureichen hat. Weitere Rechtsschriften kennt das Gesetz nicht. Die Eingaben der Parteien und sämtliche Akten werden unter den Mitgliedern der Kassationsinstanz rechtzeitig in Zirkulation gesetzt oder zur Einsicht aufgelegt.

Im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren besteht für den Nichtigkeitsbeklagten kein Recht zum Anschluß. Im Appellationsverfahren sieht Art. 308 eine beschränkte Adhäsion in dem Sinne vor, dass es dem Appellaten zukommt, hinsichtlich der vom Appellanten in der Appellationserklärung namhaft gemachten Streitpunkte selbständige Anträge zu stellen, die aber durch den Rückzug der Appellation von selbst wieder dahinfallen. Im Nichtigkeitsverfahren fehlt eine ähnliche Bestimmung. Wenn der Nichtigkeitsbeklagte gegenüber dem Urteil der ersten Instanz Abänderungsanträge stellen will, hat er diese innert der Notfrist von 14 Tagen seit Eröffnung des Urteiles und im Wege der selbständen Nichtigkeitsbeschwerde einzureichen [11]).

Die Kassationsinstanz hat die Streitsache auch dann materiell nach Maßgabe der Akten (Art. 312 Abs. 2) zu beurteilen, wenn der Nichtigkeitsbeklagte eine Antwort auf die ihm mitgeteilte Beschwerdeschrift nicht einräumt, da es vor der Nichtigkeitsinstanz kein Kontumazialverfahren gibt.

Die Kassation, die auf Grund des Aktenstudiums und der Ansicht, durch Urteil oder Verfahren seien Gesetze verletzt worden, was die Beurteilung der Streitsache wesentlich beeinflußte, ausgesprochen wird, kann eine ganze oder teilweise sein, je nachdem die Gesetzesverletzung das ganze Urteil oder nur einen Teil desselben beeinflusste.

Wird die Nichtigkeit ausgesprochen, so fällt die Kassationsinstanz, sofern der Rechtsstreit spruchreif erscheint, ohne weiteres auch das Urteil (Art. 315). Damit wird der Kassationsrichter zum Sachrichter gemacht, dessen Erkenntnis auch auf dem

[11]) K. G. 1904/23 C.

Wege der ordentlichen kantonalen Instanzen nicht mehr anfechtbar ist. Spruchreif ist die Sache gewöhnlich dann, wenn seitens der Vorinstanz ein Irrtum bezüglich der Subsumtion der Tatfrage unter die Rechtsfrage vorliegt; nicht spruchreif ist der Fall dann, wenn die Vorinstanz einen prozeßrechtlichen Fehler begangen hat. Durch das Sachurteil der Kassationsinstanz wird der Rechtsstreit endgültig erledigt und das Urteil erwächst in Rechtskraft; es ist ein abschliessliches. Im andern Falle weist die Kassationsinstanz den Streitfall zu endgültiger Behandlung an die zuständige Instanz zurück, wobei für diese die Weisungen der Kassationsinstanz verbindlich sind.

C. Das neue Recht.

Die Revision stellt im st. gallischen ZP ein ausserordentliches Rechtsmittel dar. Der wesentliche Unterschied gegenüber den ordentlichen Rechtsmitteln besteht darin, dass es sich gegen ein bereits in Rechtskraft getretenes Urteil richtet [12]). Nur die Partei kann dieses Rechtsmittel ergreifen, die einen definitiven, auf ordentlichem Wege nicht mehr heilbaren Rechtsnachteil erlitten hat. Daher ist sie z. B. von vorneherein ausgeschlossen gegenüber einem Beweisdekret, für das während der Dauer des Prozesses ja immer noch die Möglichkeit für Abänderung besteht. Aus der Natur der Revision als ausserordentlichem Rechtsmittel ist somit die Schlußfolge zu ziehen, dass es sich nur gegen einen endgültigen Entscheid richten kann. Um die erhebliche Schädigung des allgemeinen Rechtsbewusstseins zu vermeiden, die notwendig da entsteht, wo der Widerspruch eines Gerichtsentscheides mit einer richtigen Rechtspflege offenbar ist und nicht lediglich verschiedene Rechtsanschauungen einander gegenüberstehen, ist dieses Rechtsmittel geschaffen worden, das teils an längere, teils an gar keine Fristen gebunden ist.

Die Revisionsgründe, die nach Art. 318 in Betracht fallen, sind erweisbarer Irrtum des Richters hinsichtlich entscheidender

---

[12]) Deshalb hat das (KG 1921/9) auch die Frage, ob ein Kontumazialurteil der Revision unterliege, bejaht, „da kein innerer Grund einzusehen ist, weshalb das Gesetz bei diesem ausserordentlichen Rechtsmittel diesen Unterschied zwischen gewöhnlichen und Kontumazialurteil hätte machen wollen."

Tatsachen und die Geltendmachung neuer entscheidender Beweismittel. In dieser Hinsicht ist zu bemerken, dass Rechtsirrtümer der Appellationsinstanz bloss mit ordentlichen Rechtsmitteln, Berufung ans Bundesgericht, soweit eidgenössisches Recht in Betracht fällt und Nichtigkeitsbeschwerde ans KassG, wenn es sich um kantonales Recht handelt, angefochten werden können.

Im Gesetz sind nur die subjektiven Gründe für die Revisionsklage genannt. Aber aus der Bestimmung „wegen Verhältnissen, welche ausser seiner Gewalt (des Gesuchstellers) lagen ..." geht doch ipso jure hervor, dass der Gesetzgeber auch objektive Voraussetzungen vorgesehen hat. Wir verstehen darunter nachträgliche Auffindung oder Benützungsmöglichkeit gewisser Urkunden, die geeignet waren, bei rechtzeitigem Vorbringen eine der Partei günstigere Entscheidung über eine damals streitige Tatsache herbeizuführen.

Der Devolutiveffekt geht der Revionsklage vollkommen ab. Das Urteil bleibt so lange in Kraft, als auf dem Wege des neuen Rechts noch kein abgeändertes Erkenntnis zustande gekommen ist. Immerhin wohnt ihr insoweit Suspensiveffekt inne, als die Vollstreckung von dem Augenblicke der Einschreibung des Rechtsmittels eingestellt wird. Der st. gallische ZP stellt sich damit im Gegensatz zu verschiedenen anderen kantonalen Prozeßordnungen und auch zu der DZPO, und es mag in Wirklichkeit auch so erscheinen als ob das g. R. mit der unbedingten Einstellung des Urteilsvollzuges sehr weit gegangen ist.

„Das Gesuch muß bei dem gleichen Gerichte, von welchem das Urteil erlassen worden ist, mit dem Revisionsgesuch, das im Doppel ausgefertigt sein muß, gestellt und begründet werden, wobei für die unter lit. a aufgeführtem Fälle eine Frist von 30 Tagen, für die in lit. b genannten eine solche von 10 Jahren von dem Tage an, an welchem das Urteil in Rechtskraft erwachsen, gegeben ist", während die unter lit. c genannten Gesuche überhaupt keiner Verjährung unterliegen. Der Gegenpartei muß das Revisionsgesuch zugestellt werden, wobei die Frist für deren Vernehmlassung auf 10 Tage festgesetzt ist.

Das zu beobachtende Verfahren ist ein rein mündliches. Der angerufene Richter entscheidet zunächst nach mündlicher Verhandlung über die Vorfrage, ob das Gesuch um neues Recht zulässig sei. Gegen diesen Vorentscheid einer untern Instanz

ist, wenn es sich um eine appellable Streitsache handelt, die selbständige Berufung zulässig. Im Falle der Bejahung der Zulässigkeit tritt der Richter, soferne keine Berufung gegen den Vorentscheid zulässig angemeldet oder vorbehalten wird und sonst keine wichtigen Gründe für eine spätere Behandlung der Hauptsache sprechen, sofort auf die Behandlung der Hauptsache ein, sofern die Vorfrage positiv beurteilt worden ist. Vor KG allerdings tritt diese Trennung des Verfahrens nie ein.

D. Die Reinigung.

Neben allen den Zivilprozeßrechten eigentümlichen Rechtsmitteln der Appellation, Kassation und Revision kennt der st. gallische ZP noch ein weiteres: die Reinigung.

Wir haben in der Einleitung zur Behandlung der Rechtsmittel von den sog. eigentlichen Rechtsmitteln gesprochen und darunter die vorgenannten subsumiert und eine Unterscheidung getroffen mit den ihnen verwandten Mitteln, wozu wir die Reinigung zählen. Sie gehört nicht zu den eigentlichen Rechtsmitteln, weil zu ihrer Erledigung nicht die Hilfe eines höheren Gerichtes anzurufen ist. Der rechtlichen Natur nach ist die Reinigung n i c h t ein eigenes Mittel im Sinne eines gegen das Gericht erhobenen Anspruches auf Anerkennung eines privatrechtlichen Anspruches. Sie erzeugt daher auch nicht etwa einen neuen, selbständigen Rechtsstreit. Sie ist vielmehr, ebenso wie die ordentlichen Rechtsmittel, ein Mittel zur Beseitigung eines Urteiles. Immer ist der durch die Reinigung erzeugte Rechtsstreit der Parteien nur ein Teil des anhängig gemachten Rechtstreites. Daher ist für dessen Entscheidung regelmässig diejenige Instanz zuständig, welche das angegriffene Urteil erlassen hat.

Art. 325 schreibt vor, dass das Reinigungsbegehren „innert der im Urteil selbst bestimmten Notfrist vermittelst schriftlicher Eingabe gestellt und begründet werden" muß. Daraus folgt, dass die Begründung des Begehrens nicht später, sei es schriftlich in einer zweiten Eingabe, sei es mündlich vor Schranken, nachgeholt werden kann. Für diese Auffassung spricht auch der Umstand, dass nach Art. 327 auf das Reinigungsverfahren die Bestimmungen von Art. 320 und 321 entsprechende Anwendung finden. Nach Art. 321 ist aber nur ein einmaliger Schriftenwechsel, bestehend aus dem Gesuch und der Vernehmlassung der Gegen-

partei, zulässig, und es steht in Art. 321 Abs. 4 ausdrücklich, dass ein weiterer Schriftenwechsel nicht stattfinde. Diese Bestimmung enthält ein im Interesse eines geordneten Prozeßverfahrens aufgestelltes Verbot und ist daher zwingend. Überdies dürfen nach den Bestimmungen des st. gallischen ZP im Verfahren vor Gericht grundsätzlich nur die in den Prozeßschriften behaupteten Tatsachen gewürdigt werden.

Die Reinigung ist gegen solche Urteile gegeben, die auf dem Wege des Kontumazialverfahrens erlassen werden. Es besteht ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Kontumazialurteil und der Reinigung. Das ergibt sich aus der Tatsache, dass gemäß Art. 264 in jedem Kontumazialurteil „eine den besonderen Verhältnissen des Falles entsprechende, in der Regel aber einen Monat nicht übersteigende Notfrist" zu bestimmen ist, innert welcher das Rechtsmittel der Reinigung ergriffen werden kann. Die Nichtansetzung einer solchen Frist stellt eine Rechtsverweigerung dar (K. G. 1919/1).

Die Reinigung ist gegeben (Art. 324), wenn der Verurteilte zu beweisen vermag:

a) dass die Vorladung nicht nach Vorschrift des Gesetzes erlassen worden oder ihm ohne sein Verschulden nicht so zeitig zugekommen ist, dass er ihr noch habe Folge leisten können;

b) oder dass er aus redlichen und erheblichen Ursachen, welche er rechtzeitig anzuzeigen oder geltend zu machen ausser Stande gewesen, zur Gerichtsverhandlung nicht erschienen sei.

Das Verfahren ist das gleiche wie beim Rechtsmittel des neuen Rechts und wie bei der Erläuterung. Bleibt der Reinigungsbewerber am festgesetzten Gerichtstage aus, so erwächst nach den Bestimmungen des Art. 329 das Kontumazialurteil in Rechtskraft. Damit wollte der Gesetzgeber einer Verschleppung des Urteilsvollzuges vorbeugen; denn es wäre immerhin denkbar, dass der Bewerber durch die wiederholte Stellung des Reinigungsgesuches versuchen würde, die Vollstreckung ad infinitum hinauszuschieben.

E. Die Urteilserläuterung.

Die Urteilserläuterung ist kein eigentliches Rechtsmittel, es kann durch sie ein Urteil weder geändert noch aufgehoben werden. Sie ist lediglich ein Rechtsbehelf um unklare oder

einander widersprechende Bestimmungen eines Urteils zu erläutern (Art. 330). Doch muß in Übereinstimmung mit der Praxis des KG [13]) die Zulässigkeit der Urteilserklärung auch dann bejaht werden, wenn ein Urteil im Dispositiv oder in den Motiven unvollständig ist.

Das Gesuch muß in schriftlicher Form eingereicht werden unter genauer Bezeichnung der zur Erläuterung verlangten Bestimmungen und unter Anführung der verlangten Wortfassung. Zeitlich ist die Möglichkeit der Erläuterung beschränkt, indem sie spätestens ein Jahr nach Eröffnung (Zustellung) des betreffenden Urteils verlangt werden kann. Zuständig ist nur die richterliche Behörde, welche das Urteil gefällt hat.

Das eingereichte Gesuch wird entsprechend dem Verfahren des neuen Rechts (Art. 321) zuerst der Gegenpartei zur Vernehmlassung zugestellt. Hierauf wird an der mündlichen Verhandlung vorerst in einem Vorentscheide über die Zulassung entschieden. Ein solcher Vorentscheid kann (wenn er durch das Bezirksgericht gefällt worden ist) an das Kantonsgericht weiter gezogen werden (Art. 302 Ziff. 4). Ist die Vorfrage über die Zulassung durch das Kantonsgericht bejahend entschieden worden, oder ist dies schon durch die erste Instanz geschehen, und es haben die Parteien ausdrücklich erklärt, auf eine Weiterziehung zu verzichten [14]), so kann auf die materielle Frage der Erläuterung eingetreten werden. Das Gericht hat sich dann über den eigentlichen Sinn der zu erläuternden Stelle, ohne aber eine materielle Abänderung zu treffen, auszusprechen.

§ 14.

Das Vollzugsverfahren.

Das Gebiet der Vollstreckung von Gerichtsurteilen wird teils von eidgenössischem, teils von kantonalem Recht beherrscht. Die Vollstreckung von Urteilen, die die Bezahlung einer Geldschuld zum Gegenstande haben, richtet sich nach den Vorschriften des SchKG. (Art. 338 Abs. 1); die Regelung der Vollstreckung von Entscheiden anderen Inhaltes ist den kantonalen Zivilprozeßordnungen vorbehalten worden.

[13]) K. G. 1916/3, 1918/7.
[14]) K. G. 1924/7.

Die Vollstreckung ist die durch die Staatsgewalt bewirkte Befriedigung des aus einem Urteil Berechtigten. Die Voraussetzung, die die Möglichkeit der Vollstreckung erschließt, ist die, dass das Urteil in Rechtskraft erwachsen sei (Art. 337); d. h. dass es durch kein ordentliches Rechtsmittel mehr angefochten werden könne. Es ist also die Verwirklichung eines durch endgültiges Urteil festgestellten materiellen Rechts durch staatlichen Zwang. Es kann nur dann vollzogen werden, wenn es den Beklagten zu einer Leistung verpflichtet. Deshalb liegt die Verwirklichung des Rechts im Feststellungs- und Gestaltungsurteile schon im Urteile selbst. Das st. gallische Recht spezifiziert die Vollstreckungen nach dem Gegenstande der Exekution und dem zu erreichenden Ziele. Es unterscheidet:

1) Das Urteil bezweckt die Herausgabe einer bestimmten Sache (Art. 338 lit. a u. b) oder Einräumung eines dinglichen Rechts (Art. 338 lit. c).

2) Der Entscheid lautet auf eine persönliche Leistung des Schuldners (Art. 338 lit. f).

3) Die Verurteilung geht auf ein Unterlassen des Schuldners (Art. 338 lit. f).

Diese Unterscheidung besagt aber keinenfalls, dass hinsichtlich des Exekutionsmodus, eine Verschiedenheit vorliegt. Der Gegensatz liegt nicht in der Divergenz von persönlichem Anspruch und dinglichem Recht, sondern in der Leistung, die ein Tun oder Unterlassen oder eine Sachlieferung sein kann.

In den Fällen, wo das Urteil dem Schuldner die Pflicht zur Herausgabe einer bestimmten Sache auferlegt, ist die Vollstreckung eine Realexekution, die auch mit Hilfe der Polizeigewalt bewerkstelligt wird (Art. 338 lit. a spricht von beweglichen Sachen, lit. b in gleichem Sinne von Liegenschaften oder Rechten auf solche). Wo das Urteil der obsiegenden Partei Grundeigentum zuerkennt, kann der Richter auch ohne Mitwirkung der unterliegenden Partei die Eigentumsübertragung im Grundbuch vornehmen.

Der st. gallische Prozeß hat die Realexekution auch auf die Verwirklichung persönlicher Leistung übernommen (Art. 338 lit. c) vorausgesetzt, dass es sich um Leistungen, „welche von Drittpersonen verrichtet werden können" handelt. Die hieraus erwachsenen Kosten überbindet das Gesetz natürlicherweise dem Leistungspflichtigen. Hiebei erlangt der amtliche Kostenausweis die Bedeutung eines vollstreckbaren Ur-

teils. Der Entscheid, der ursprünglich auf die Erfüllung einer Leistung lautete, erhält demnach eine Geldforderung zum Gegenstande, die auf dem Wege der Schuldbeitreibung einzutreiben ist.

Sofern die Erfüllung einer persönlichen Leistung oder die Herausgabe einer beweglichen Sache nicht erzwingbar ist, ist die ansprechende Partei berechtigt, hiefür den Geldeswert anzufordern, und diesen auf dem Wege der Schuldbetreibung einzutreiben. Für den Fall, dass der Schuldner Rechtsvorschlag wegen des geforderten Betrages erhebt, ist der Gläubiger befugt, ohne neuen Vermittlungsvorstand den Gegenstand zum Entscheid unmittelbar an dasjenige Gericht zu bringen, welches das zu vollziehende Urteil gefällt hat. Dies Gericht ist auch dann noch zuständig, wenn der Verurteilte nach der Einleitung des ursprünglichen Prozesses sein Domizil in einem andern Gerichtsbezirke des Kantons, in einem andern Kantone oder im Auslande aufgeschlagen hat.

Art. 61 B. V. bestimmt, dass Zivilurteile, die in einem andern Kantone gefällt wurden, in der ganzen Schweiz vollzogen werden sollen. Diese Bestimmung verleiht ausserkantonaten Urteilen nicht bloß Vollziehbarkeit, sondern auch die Wirkung der materiellen Rechtskraft. Der Gesetzgeber des Kantons St. Gallen hat keinerlei Vorschriften aufgestellt, die ein ausserkantonales Urteil zu erfüllen hat [1]). Es gelten hiefür ipso jure die Bestimmungen des Art. 337, die Rechtskraft des zu vollstreckenden Urteils verlangen. Die Erteilung der Vollstreckungsbewilligung ist aber keinesfalls davon abhängig, dass der Verurteilte Wohnsitz im Kanton hat.

Soweit Staatsverträge bestehen, gilt dies per analogiam auch für die Urteile fremder Staaten, die Gegenrecht halten. Das Urteil des ausländischen Richters kann wie dasjenige hiesiger Gerichte ohne weiteres auf dem Wege der Schuldbetreibung oder des Befehlverfahrens zur Exekution gebracht werden. Seine Rechtskraftwirkung wird vollwertig anerkannt.

Der Eintritt der Rechtskraft und damit auch die Art der Eröffnung des Urteiles richtet sich nach dem fremden Rechte. Immer aber muß das Urteil von einem nach den Grundsätzen

[1]) In Bern (Art. 400) „erteilt der Appellationshof auf Grundlage einer vorlegten, als vollstreckbar bescheinigten Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils die Bewilligung zur Vollstreckung im Kanton."

des schweiz. Rechts zuständigen Gerichte erlassen worden sein. Als Grundsätze des schw. Rechts kommen die eidgenössischen (Art. 59 B. V., der persönliche Klagen gegen den in der Schweiz wohnenden aufrechtstehenden Schuldner am Gerichtsstande des Wohnsitzes vorsieht und diejenigen der Staatsverträge und der Bundesgesetze) sowie die st. gallischen Gerichtsstandnormen in Betracht.